

**Sag C-102/20**

**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement**

**Dato for indlevering:**

26. februar 2020

**Forelæggende ret:**

Bundesgerichtshof (Tyskland)

**Afgørelse af:**

30. januar 2020

**Sagsøger og revisionsappellant:**

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

**Sagsøgt og revisionsindstævnt:**

eprimo GmbH

**Intervenient for sagsøgte:**

Interactive Media CCSP GmbH

---

**Hovedsagens genstand**

Illoyal konkurrence, forbud mod konkurrencestridig reklame

**Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen**

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

**Præjudicielle spørgsmål**

1. Er begrebet »sendes« som omhandlet i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58/EF opfyldt, når en meddelelse ikke sendes fra en bruger af en elektronisk kommunikationstjeneste til en anden bruger gennem en tjenesteudbyder til den anden brugers elektroniske »adresse«, men som følge

- af åbning af en kodeordsbeskyttet internetside for en e-mailkonto automatisk vises af adservere på bestemte, hertil beregnede felter i e-mail-indbakken tilhørende en bruger, som udvælges efter et tilfældighedsprincip (indbakkereklame)?
2. Forudsætter hentning af en meddelelse som omhandlet i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58/EF, at modtageren, efter at have opnået kendskab til, at der foreligger en meddelelse, gennem en bevidst hentningskommando udløser en programteknisk indstillet overføring af meddelelsesdata, eller er det tilstrækkeligt, hvis meddelelsens visning i en e-mailkontos indbakke udløses ved, at brugeren åbner den kodeordsbeskyttede internetside for sin e-mailkonto?
  3. Foreligger der også elektronisk post som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF, når en meddelelse ikke sendes til en konkret individuel modtager, som er fastlagt allerede før overføringen, men vises i indbakken tilhørende en bruger, som er udvalgt ud fra et tilfældighedsprincip?
  4. Foreligger der kun anvendelse af elektronisk post til direkte markedsføring som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58/EF, når der konstateres en byrde for brugeren, som er mere vidtgående end en gene?
  5. Foreligger der kun individuel markedsføring, som opfylder kriterierne for en »henvendelse« som omhandlet i bilag I, nr. 26), første punktum, til direktiv 2005/29/EF, hvis en kunde kontaktes ved hjælp af et medium, der normalt anvendes til individuel kommunikation mellem en afsender og en modtager, eller er det tilstrækkeligt, hvis – som det er tilfældet for den markedsføring, der er genstanden for hovedsagen – en individuel relation etableres ved, at reklamen vises i indbakken for en privat e-mailkonto og dermed i et område, hvor kunden forventer meddelelser, der er rettet individuelt til ham?

### **Anførte EU-retlige bestemmelser**

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (EFT 2002, L 201, s. 37), 1., 12., 26., 27. og 40. betragtning, artikel 1, stk. 1, artikel 2, litra h), artikel 2, litra d), første punktum, artikel 6, stk. 1, artikel 13, stk. 1

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT 2005, L 149, s. 22, [...]), bilag I, nr. 26), første punktum

### **Anførte nationale bestemmelser**

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om illoyal konkurrence, herefter »UWG«), § 3, § 7, stk. 1, samt stk. 2, nr. 1, 2 og 3, § 8, stk. 1 og 2

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen**

- 1 Parterne leverer elektricitet til slutkunder. Intervenienten til støtte for sagsøgte er et reklamebureau.
- 2 Sagsøgte bestilte intervenienten til at aktivere reklameindslag i e-mailpostkasser tilhørende brugere af den gratis e-mailtjeneste T-Online. Reklamen blev gennemført på den måde, at der den 15. januar 2017 i den private postkasse tilhørende en bruger af denne e-mailtjeneste i det område, hvor de modtagne e-mails vises på en liste (herefter »indbakke«), blandt de modtagne e-mails blev vist følgende reklame med følgende tekst: »eprimo spar mere: Billig strøm og gas. Nu kan du få top eprimo-priser med attraktiv bonus. Læs mere på eprimo.de.« Tilsvarende reklameindslag optrådte allerede den 12. december 2016 og den 13. januar 2017 i brugerens indbakke.
- 3 Sådan reklame vises i specielle reklamefelter i indbakken i postkassen i Telekom Deutschland GmbH's gratis e-mailtjeneste. Den har betegnelsen »T-Online.de Mail Ad« og kunne bestilles af denne udbyders reklamekunder. På den internetside, som brugeren af en sådan gratis e-mailpostkasse benytter, var der på det pågældende sted i indbakken placeret en JavaScript-Code for en adserver (TAG). Derved blev der ved åbning af internetsiden sendt en forespørgsel (Adrequest) til adserveren om at vise et reklamebanner fra poolen. Adserveren sendte derefter de tilsvarende parametre til brugerens internetbrowser, hvorved der i brugerens indbakke blev vist et reklamebanner, som var udvalgt efter et tilfældighedsprincip. Hvis brugeren klikkede på den viste reklame, blev indlæsningen først sendt videre til adserveren, som protokollerede klikket og ledte browseren videre til den reklamerendes side. Reklamen, som blev vist i indbakken, var forsynet med ordet »annonce« og kunne fjernes fra indbakken ved at klikke på krydssymbolet »x« ved siden af dette ord. Reklamen blev – til forskel fra brugerens e-mails, som blev vist i indbakken – vist på en grå baggrund og indeholdt hverken dato eller afsender. Desuden kunne den hverken arkiveres, besvares eller videresendes med de behandlingsmuligheder, som udbyderen af e-mailtjenesten tilbyder for e-mails. Den blev heller ikke medregnet i tjenestens visning af antallet af brugerens ulæste e-mails og optog ikke lagerplads i brugerens modtagne post.
- 4 Sagsøgeren er af den opfattelse, at denne reklame er i strid med konkurrencereglerne, idet den udgør urimelig gene og vildledning.
- 5 Landgericht (den regionale ret i første instans) dømte sagsøgte til at undlade i erhvervsmæssig henseende med henblik på reklame i forbindelse med salg af

strøm til slutforbrugere at drive reklame som beskrevet ovenfor via e-mailkontoen »T-Online.de«.

- 6 Sagsøgte iværksatte appel til prøvelse af denne dom, hvorefter appeldomstolen forkastede søgsmålet med den begrundelse, at den omhandlede placering af reklamen i indbakken i private e-mailpostkasser ikke udgør en handelspraksis, som er ulovlig i konkurrenceretlig henseende.
- 7 Efter at have fået tilladelse af appeldomstolen har sagsøgeren iværksat revisionsappel og nedlagt påstand om stadfæstelse af Landgerichts (den regionale domstol i første instans') dom. Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse.

### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

- 8 Revisionsappellens udfald afhænger af, om sagsøgerens påstand om nedlæggelse af forbud skal tages til følge. Dette forudsætter i henhold til UWG's § 8, stk. 1, første punktum, at sagsøgte eller sagsøgtes intervenient, som sagsøgte som omhandlet i UWG's § 8, stk. 2, har bestilt til at udføre den omtvistede reklame, har foretaget en forretningsaktivitet, som er ulovlig i henhold til UWG's § 3 eller § 7. Den adfærd, som lægges sagsøgte til last, kan være ulovlig i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 3. Desuden er reklamen muligvis ulovlig i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 1.
- 9 For spørgsmålet om, hvorvidt påstandene kan tages til følge, er det afgørende, hvordan UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, skal fortolkes i lyset af bestemmelserne i direktiv 2002/58. I denne forbindelse opstår der spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, andet punktum, litra h), og artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, som kræver en afklaring.
- 10 I henhold til UWG's § 7, stk. 1, første punktum, er forretningsaktiviteter, som medfører en urimelig gene for en markedsaktør, ulovlige. I henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, foreligger der bl.a. altid en urimelig gene i forbindelse med reklame under anvendelse af elektronisk post, medmindre der foreligger et forudgående, udtrykkeligt samtykke fra modtageren. Bestemmelsen i UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, er i overensstemmelse med nr. 26 i bilag I til direktiv 2005/29 og gennemfører artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 i tysk ret. Den skal således i lyset af artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.
- 11 I henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 må bl.a. anvendelse af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kun tillades over for abonnenter eller brugere, som forudgående har givet deres samtykke hertil. I henhold til artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58 forstås ved »elektronisk post« enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som kan lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af

modtageren. Det er tvivlsomt, om disse betingelser er opfyldt under de faktiske omstændigheder, der foreligger i hovedsagen.

- 12 For det første er det tvivlsomt, om reklamen, som er foranlediget af sagsøgte eller af intervenienten, der er engageret af sagsøgte som omhandlet i UWG's § 8, stk. 2, og som vises på specielle reklamefelter i indbakken i postkasser tilhørende brugere af en gratis e-mailtjeneste, skal anses for elektronisk post som defineret i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58.
- 13 Den omtvistede reklame er en meddelelse i form af tekst som omhandlet i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58. I henhold til artikel 2, andet punktum, litra d), første punktum, i direktiv 2002/58 forstås ved »kommunikation« oplysninger, som udveksles eller overføres mellem et begrænset antal parter via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste. Disse betingelser er opfyldt. Sagsøgtes reklame indeholder en information i form af tekst, hvormed der reklameres for sagsøgtes tilbud. Denne information blev overført mellem et begrænset antal parter. Overførslen til brugeren af e-mailkontoen skete ved, at meddelelsen, som følge af at brugeren åbnede internetsiden for sin e-mailkonto ved hjælp af indlogging, af operatøren af adserveren blev overført i realtid til indbakken på e-mailkontosiden, hvor den blev vist for brugeren af denne e-mailkonto. Reklameinformationen blev desuden overført via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste. Reklamen blev udløst ved åbningen af brugerens e-mailkonto på internettet og videregivet i indbakken på internetsiden, som er beregnet til visning af modtagne e-mails. Reklamen blev derfor – ligesom e-mailene – overført i elektronisk form på internettet og dermed via et offentligt tilgængeligt medium. En e-mailtjeneste, som er tilgængelig for brugerne via internettet, er en elektronisk kommunikationstjeneste.

#### **Det første præjudicielle spørgsmål**

- 14 Med det første præjudicielle spørgsmål ønskes det oplyst, om den omtvistede indbakkereklame også blev »sendt« i den forstand, som dette udtryk anvendes i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58.
- 15 Appeldomstolen lagde til grund, at det fremgår af begrebet »sende« ved en samlet betragtning med de øvrige begreber »post« og »kommunikationsnet«, som anvendes i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58, at der kun foreligger »elektronisk post«, når en meddelelse sendes fra en bruger til en anden bruger gennem en tjenesteudbyder (f.eks. en e-mailprovider), som foretager den elektroniske transmission til den anden brugers elektroniske »adresse« (f.eks. en e-mailadresse). En sådan adressering til bestemte kunder foreligger ikke i hovedsagen, idet visningen af reklamen kun sker via en adserver på et bestemt defineret område på en internetside via forud definerede »AdTags/AdSlots«, som er integreret i websiden.

- 16 Det skal medgives denne opfattelse, som er baseret på en traditionel e-mails karakteristika, at også lovgiver ved udstedelsen af direktiv 2002/58 antagelig anså e-mailen for den klassiske form for elektronisk post, ved siden af den i 40. betragtning til direktiv 2002/58 udtrykkeligt omtalte SMS-meddelelse.
- 17 Såfremt man ved fortolkningen af artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58 lægger disse krav til grund, som appeldomstolen anså for rigtige, og som er baseret på en traditionel e-mails karakteristika, mangler der i den foreliggende sag en »forsendelse« af meddelelsen, og den omhandlede indbakkereklame udgør dermed ikke elektronisk post. Indbakkereklamen sendes ikke af en bruger af en elektronisk kommunikationstjeneste til en af denne bruger udvalgt anden bruger via en tjenesteudbyder (f.eks. en e-mailprovider) til den anden brugers elektroniske »adresse« (f.eks. en e-mailadresse), men bliver som følge af åbningen af e-mailkontoen vist af adservere på bestemte, hertil reserverede områder i indbakken hos en bruger, som er udvalgt efter et tilfældighedsprincip.
- 18 Beskyttelsesformålet med artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 kan tale imod appeldomstolens fortolkning af kriteriet »sendes«, som er baseret på en traditionel e-mails karakteristika. Ved denne bestemmelse, som tager begrebet »elektronisk post« op, som er defineret i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58, og regulerer anvendelsen af dette, skal abonnenterne sikres mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål (jf. 40. betragtning til direktiv 2002/58). Det fremgår ikke, at lovgiver i betragtning af den forventede hurtige tekniske udvikling ønskede at fastlægge begrebet »elektronisk post« statisk til de »klassiske« former e-mail, SMS eller MMS, som var kendt på tidspunktet for direktivets ikrafttrædelse. Det er mere nærliggende, at lovgiver for at beskytte brugernes privatliv valgte et dynamisk og teknikneutralt begreb, som f.eks. også kan rumme de elektroniske meddelelser i forbindelse med sociale netværk, som først er blevet relevante for nylig. Da privatlivet for brugerne af elektroniske kommunikationstjenester ikke kun kan krænkes ved uanmodet kommunikation, der fremsendes i de klassiske former for elektronisk, individuel kommunikation såsom e-mail, SMS eller MMS, men også ved nye former for elektronisk massekommunikation, forekommer det hensigtsmæssigt ikke at fortolke begrebet »sendes« med udgangspunkt i de traditionelle former for elektronisk kommunikation i betydningen afsendelse fra en bestemt bruger til en anden bruger, som er bestemt på forhånd, men i stedet at fortolke det funktionelt i betydningen »formidle«.
- 19 Hvis man lægger denne funktionelle forståelse af begrebet til grund, som er baseret på beskyttelsesformålet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, må den i hovedsagen omtvistede indbakkereklame anses for at være »sendt« i den betydning, som dette begreb er anvendt i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58. 40. betragtning til direktiv 2002/58 taler også til fordel for dette synspunkt. Ifølge denne betragtning skal brugerne af offentlige kommunikationsnet sikres mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, fordi disse former for uanmodet kommerciel kommunikation er forholdsvis billige og lette at sende.

Disse synspunkter er opfyldt for den i den foreliggende sag omhandlede indbakkereklame.

### **Det andet præjudicielle spørgsmål**

- 20 Med det andet præjudicielle spørgsmål ønskes det oplyst, hvilke krav der skal stilles til den i artikel 2, andet punktum, litra h), regulerede betingelse om, at meddelelsen kan lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren.
- 21 Appeldomstolen lagde til grunde, at der i forbindelse med den omtvistede indbakkereklame ikke foreligger hentning i denne forstand. Appeldomstolen anfører, at det fremgår af 27. betragtning til direktiv 2002/58, at hentning af en meddelelse forudsætter en bevidst adfærd fra adressatens side. Modtageren af meddelelsen skal, efter at han har opnået kendskab til meddelelsen, ved en handling – dvs. ved en indgriben i den eksterne verden, der er baseret på en bevidst beslutning – hente dataene i onlinedrift. Det afgørende er, at den, der henter meddelelsen, med sin kommando kan udløse en overføringsprocedure for dataene, som programteknisk er fastlagt på forhånd. I den foreliggende sag er der ikke tale om en hentning af meddelelsen i denne forstand. Tværtimod skal brugeren af e-mailtjenesten blot på Deutsche Telekom's webside åbne e-mailtjenesten med en webbrowser, for at reklamebanneret ved hjælp af en adserver vises i realtid, uden at brugeren mærker noget til denne procedure og kan beslutte sig for eller imod visningen ved en bevidst beslutning.
- 22 Denne fortolkning er i overensstemmelse med den mulige ordrette betydning af begrebet »hente« i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58. Desuden kan 27. betragtning til direktiv 2002/58 tale til fordel for dette synspunkt. Ifølge denne betragtning er transmissionen ved elektronisk post afsluttet, så snart modtageren har hentet meddelelsen, typisk fra tjenesteudbyderens server. Denne formulering kan tyde på, at hentning af elektronisk post forudsætter en aktivitet fra brugerens side, som i sidste ende sigter mod transmission af en meddelelse, typisk fra tjenesteudbyderens server.
- 23 Ifølge denne strenge fortolkning, som igen bygger på e-mailen som normaltildfældet, opfylder den omtvistede indbakkereklame ikke betingelserne for elektronisk post som defineret i artikel 2, andet punktum, litra h), i direktiv 2002/58. Ved at åbne sin e-mailkonto på tjenesteudbyderens internetside dokumenterer brugeren sin vilje til, at hans e-mails, som er lagret på tjenestens e-mailserver, vises og overføres til ham. Hans vilje er imidlertid ifølge almindelig erfaring normalt ikke rettet mod, at han desuden af en adserver får vist reklamemeddelelser i indbakken på sin e-mailkonto.
- 24 Imod den opfattelse, som appeldomstolen repræsenterer, taler derimod igen en funktionel fortolkning, som tager udgangspunkt i beskyttelsesformålet med artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Ifølge denne bestemmelse skal brugeren sikres mod uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, som den

reklamerende forholdsvis billigt og let kan sende via et elektronisk kommunikationsnet, og som medfører en byrde for modtageren (40. betragtning til direktiv 2002/58). I betragtning af dette formål forekommer det ikke overbevisende at sondre mellem en e-mail med reklameindhold, som utvivlsomt er omfattet af begrebet »elektronisk post«, eventuelt udsendt som masseudsendelse, og den omtvistede reklamemeddelelse. Begge meddelelser vises i indbakken og dermed i det område på den internetside, som brugeren har åbnet for at orientere sig om sine e-mails, som er beregnet til visning af e-mails. Med hensyn til den bebyrdende virkning, som skal forhindres med artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, er det desuden uden betydning, om reklamemeddelelsen vises i e-mailkontoens indbakke af en mailserver tilhørende tjenesteudbyderen eller af en adserver tilhørende tjenesteudbyderen eller af en virksomhed, der samarbejder med denne. Det afgørende bør igen i mindre grad være en teknisk fortolkning, men i stedet en funktionel fortolkning, som tager udgangspunkt i beskyttelsesformålet, og som tager højde for, om en reklameform er bebyrdende for brugeren. Dette kan den være som følge af, at den omtvistede reklame bliver overført til og vises i e-mailkontoens indbakke og dermed i et område, hvor brugeren forventer e-mailmeddelelser, som er rettet individuelt til ham.

- 25 En sådan fortolkning med udgangspunkt i beskyttelsesformålet er også forenelig med ordlyden i direktivets artikel 2, andet punktum, litra h). Der foreligger en hentning i form af en handling fra brugerens side, som er målrettet mod at opnå kendskab til de meddelelser, der er modtaget i e-mailkontoens indbakke. I henhold til appeldomstolens konstateringer udløses overførslen af reklamen fra adserveren til indbakken ved, at brugeren åbner siden for hans e-mailkonto på internettet, hvor han logger ind med sine personlige adgangsdata. Den omstændighed, at brugeren i denne forbindelse som regel kun vil orientere sig om private og erhvervsmæssige e-mails og ikke om reklamebudskaber som spam-mails eller reklameindslag, som er uinteressante eller generende for ham, ændrer ikke ved, at åbningen af e-mailkontoen på internettet udgør en målrettet hentningshandling.
- 26 Den omtvistede indbakkereklame var, indtil den blev vist som følge af indlogningen, lagret på en adserver og dermed på nettet.
- 27 Der synes ikke at følge noget andet af 27. betragtning til direktiv 2002/58, hvori det bestemmes, at transmissionen af elektronisk post afsluttet, så snart modtageren har hentet meddelelsen, typisk fra tjenesteudbyderens server. Heraf kan det ikke udledes, at elektronisk post kun omfatter meddelelser, som er lagret på selve tjenesteudbyderens server, allerede af den grund, at det følger af anvendelsen af begrebet »typisk«, at lovgiver dermed ikke opstillede en endelig begrebsmæssig betingelse, men blot beskrev et faktisk, normalt tilfælde. I øvrigt skal der tages hensyn til lovgivningssammenhængen for 27. betragtning til direktiv 2002/58. Denne bestemmelse omhandler spørgsmålet om, på hvilket tidspunkt trafikdata skal slettes. I denne forbindelse er det tidspunktet for afslutningen på transmissionen af kommunikationen, der er afgørende (jf. artikel 6, stk. 1, samt 26. betragtning til direktiv 2002/58). I denne kontekst fokuseres der i 27. betragtning til direktiv 2002/58 på det tidspunkt, hvor transmissionen af



elektronisk post afsluttes ved, at modtageren henter meddelelsen. Det ses ikke, at der heraf kan udledes fortolkningskriterier, som er afgørende for beskyttelsen af brugerens privatliv mod uanmodet direkte markedsføring i form af elektronisk post, som er reguleret i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58.

### **Det tredje præjudicielle spørgsmål**

- 28 Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønskes det oplyst, om der også foreligger elektronisk post som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, når en meddelelse ikke sendes til en konkret individuel modtager, som er fastlagt allerede før overføringen, men – som i hovedsagen – vises ud fra et tilfældighedsprincip.
- 29 Appeldomstolen lagde til grund, at elektronisk post som omhandlet i UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, forudsætter, at afsendelsen sker »individuel«, dvs. til en konkret adresseret modtager, som er fastlagt før afsendelsen, og med hvem det derfor er muligt at kommunikere om, hvorvidt den pågældende er indforstået med afsendelsen. Dette følger af, at de reklameformer, der er reguleret i UWG's § 7, stk. 2, nr. 2, kun er lovlige, hvis der foreligger et forudgående, udtrykkeligt samtykke fra modtageren. Kravet om et sådant forudgående, udtrykkeligt samtykke forudsætter logisk set, at der findes en konkret modtager, som over for den reklamerende kan give udtryk for, om han samtykker til reklamen. Den omtvistede reklame vises imidlertid hos den gratis e-mailtjenestes kunder på grundlag af et tilfældighedsprincip, uden at det er muligt forudgående at kommunikere om kundens samtykke.
- 30 Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne opfattelse kan følges. I henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 må anvendelse af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kun tillades over for abonnenter eller brugere, som forudgående har givet deres samtykke hertil. Det kan imidlertid ikke omvendt udledes af dette krav, at alle former for direkte markedsføring via kommunikationsnet er tilladt uden samtykke, hvis brugerens samtykke ikke kan indhentes forud for anvendelsen af en konkret reklame på grund af de tekniske procedurer, som den reklamerende benytter.

### **Det fjerde præjudicielle spørgsmål**

- 31 Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønskes det oplyst, om der kun foreligger anvendelse af elektronisk post til direkte markedsføring som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, når der konstateres en byrde for brugeren, som er mere vidtgående end en gene – en sådan blev i hovedsagen konstateret af appeldomstolen.
- 32 Appeldomstolen lagde til grund, at hensigt og formål med UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, som skal fortolkes i lyset af 40. betragtning til direktiv 2002/58, taler imod at anvende denne bestemmelse på den omtvistede reklame. Brugeren af e-mailtjenesten generes ganske vist ved visningen af reklamen inden for den

modtagne post, placeret mellem de nye, indgående e-mails. Da reklamen ved en flygtig betragtning virker som en e-mail og derfor registreres stærkere end reklame uden for indbakken, skal den desuden bedømmes som mere generende end en reklame, som vises ved postkassens billedkant. Der foreligger imidlertid ikke en byrde, som er mere tungtvejende end denne gene, eller en udgift som omhandlet i 40. betragtning til direktiv 2002/58. Navnlig medregnes indbakkereklamen ikke i antallet af kundens ulæste e-mails og optager heller ikke lagerplads for indgående post. På grund af de optiske forskelle mellem e-mailene og reklamevisningen er der heller ingen arbejdsindsats forbundet med at sondre mellem vigtige elektroniske meddelelser og elektronisk reklamespam.

- 33 Det kan ikke besvares entydigt, om denne fortolkning kan følges. Ordlyden i 40. betragtning til direktiv 2002/58 kan tale til fordel for appeldomstolens fortolkning. I denne tales der ikke om en gene for brugeren. Tværtimod skal brugerne af offentlige kommunikationsnet sikres mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, fordi disse former for uanmodet kommerciel kommunikation på den ene side er forholdsvis billige og lette at sende og på den anden side medfører en byrde og/eller udgift for modtageren. Desuden kan deres omfang i nogle tilfælde også medføre vanskeligheder for elektroniske kommunikationsnet og terminaludstyr. Da hovedsagen hverken omhandler en udgift for brugeren eller vanskeligheder for elektroniske kommunikationsnet og terminaludstyr, er det afgørende, om brugerens privatliv bebyrdes af indbakkereklamen. Det er i det mindste ikke fastslået udtrykkeligt i 40. betragtning til direktiv 2002/58, at en gene er tilstrækkeligt til, at dette er tilfældet.
- 34 På den anden side omfatter betydningen af begrebet »byrde« med henblik på den afgørende beskyttelse af privatlivet mod uanmodet direkte markedsføring også generende krænkelse af privatlivet, som kommer til udtryk ved, at forbrugeren ikke (kun) konfronteres med reklame på de dele af en internetside, som normalt benyttes til dette, og som han derfor let kan ignorere, men (også) i e-mailkontoens indbakke og dermed på den del af e-mailtjenesteudbyderens internetside, hvor de e-mailmeddelelser, der er adresseret individuelt til brugeren, vises, og som han derfor opsøger målrettet og dermed registrerer med særlig opmærksomhed. Hertil kommer, at brugeren erfaringsmæssigt vil føle sig stærkere individuelt adresseret af reklamebudskaber, der vises i indbakken, som er beregnet til meddelelser, der er personligt stilet til ham, end af en bannerreklame, som f.eks. befinder sig i kanten af internetsiden og tydeligt er henvendt til publikum generelt. Også dette kan, afhængigt af reklamens udsagn og genstand, føre til en øget generende virkning.
- 35 I denne forbindelse skal der desuden tages hensyn til, at en privat e-mailkonto, som er beskyttet med kodeord, er en del af privatlivet, som er beskyttet af almindelige individuelle rettigheder. Inden for dette område skal den pågældende ikke kun beskyttes mod den indsats, der kræves af ham ved at skulle sortere meddelelserne og adskille reklamen fra andre meddelelser. Det pågældende ønske om at friholde sit privatliv fra enhver tvang til skulle forholde sig til reklame og

dennes suggestive virkning skal desuden beskyttes som et aspekt af hans personlige selvbestemmelsesret. I henhold til artikel 1, stk. 1, og 1., 12. og 40. betragtning 1, 12 og 40 til direktiv 2002/58 har også dette direktivs artikel 13, stk. 1, til formål at beskytte brugerens privatliv i forbindelse med elektronisk kommunikation. Der skal desuden tages hensyn til, at der ved bedømmelsen af den generende virkning af en reklameforanstaltning, som krænker privatlivet, erfaringsmæssigt skal tages hensyn til risikoen for, at generne ophobes, hvis reklameformen griber om sig.

- 36 Da det afgørende for en fortolkning, der tager udgangspunkt i beskyttelsesformålet med artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, er beskyttelsen af privatlivet og ikke beskyttelsen af brugeren mod vildledning, er det uden betydning for prøvelsen af denne bestemmelse, at den reklame, der vises i brugerens indbakke, visuelt adskiller sig fra e-mails, og at denne adskillelse desuden præciseres for brugeren med angivelsen »annonce« i forbindelse med indbakkereklamen. I øvrigt medfører meddelelsens opbygning og visningen af reklamebudskabet samt den overfladiske læsning erfaringsmæssigt et tidsforbrug for brugeren, selv om han på forhånd klart og entydigt kan identificere et reklamebudskab, der vises i hans e-mailkontos indbakke, som reklame og slette det. Af de samme grunde er de omstændigheder, som anføres af appeldomstolen, nemlig at reklamen ikke medregnes i antallet af kundens ulæste e-mails og heller ikke optager lagerplads i den modtagne post, ikke til hinder for at lægge til grund, at der foreligger en overtrædelse af artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 37 I modsætning til appeldomstolens opfattelse gør det på denne baggrund formentlig en forskel for krænkelsen af privatlivet for brugeren af en privat e-mailtjeneste, om han ikke kun konfronteres med reklame på de steder, der normalt anvendes til reklamebudskaber, men også på et område af hans e-mailudbyders internetside, som er beregnet til de e-mails, der er personligt rettet til ham, og som han derfor automatisk tilgår med en særlig individuel opmærksomhed. Appeldomstolens konstateringer taler også til fordel for dette synspunkt. Den anførte, at brugeren af e-mailtjenesten generes ved visningen af reklamen inden for den modtagne post, placeret mellem de nye, indgående e-mails. Da reklamen ved en flygtig betragtning virker som en e-mail og derfor registreres stærkere end reklame uden for indbakken, skal den bedømmes som mere generende end en reklame, som vises ved postkassens billedkant. Disse konstateringer er i overensstemmelse med almindelig erfaring.

#### **Det femte præjudicielle spørgsmål**

- 38 I hovedsagen er det relevant, om den omtvistede reklame er ulovlig i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 1. Ved anvendelsen af disse bestemmelser opstår der et spørgsmål vedrørende fortolkningen af nr. 26, første punktum, i bilag I til direktiv 2005/29.

- 39 I henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 1, foreligger der altid en urimelig gene som omhandlet i UWG's § 7, stk. 1, første punktum, i forbindelse med reklame, hvor der anvendes et middel til kommerciel kommunikation, som er egnet til fjernsalg, og som ikke er anført i denne bestemmelses nr. 2 og 3, hvorigennem der rettes vedholdende henvendelser til en forbruger, selv om han tydeligvis ikke ønsker dette. Bestemmelsen tjener til gennemførelse af nr. 26, første punktum, i bilag I til direktiv 2005/29 og skal fortolkes i lyset af denne bestemmelse i overensstemmelse med direktivet. I henhold til nr. 26, første punktum, i bilag I til direktiv 2005/29 udgør det under alle omstændigheder aggressiv handelspraksis, når der foretages vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse, som ikke er relevant for den foreliggende sag, for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er berettiget i henhold til national lovgivning. I den foreliggende sag opstår der et spørgsmål vedrørende fortolkningen af denne EU-retlige bestemmelse, som ikke kan besvares entydigt.
- 40 Med det femte præjudicielle spørgsmål ønskes det oplyst, hvilke krav der stilles til en »henvendelse« i den forstand, som udtrykket anvendes i nr. 26, første punktum, i bilag I til direktiv 2005/29.
- 41 Kriteriet »henvendelse« forudsætter en reklame, som målrettet er henvendt til en individuel kunde. I denne forbindelse opstår spørgsmålet, om der kun foreligger en målrettet individuel reklame, der opfylder kriterierne for en henvendelse, når en kunde kontaktes ved hjælp af et medium, der traditionelt anvendes til individuel kommunikation mellem en afsender og en modtager, såsom telefon, telefax eller e-mail, eller om det er tilstrækkeligt – som i den foreliggende sag – at referencen til en konkret kunde etableres ved, at reklamen vises i indbakken for en privat e-mailkonto og dermed i et område, hvor kunden forventer meddelelser, der er individuelt rettet til ham.
- 42 Ordlyden i nr. 26, første punktum, i bilag I til direktiv 2005/29 tillader begge fortolkninger. Da kunden – som allerede beskrevet – ved indbakkereklamen berøres i sit privatliv og desuden generes mere end ved traditionel bannerreklame på de områder af en internetside, der normalt er beregnet til dette, og som ikke har individuel reference, er bestemmelsens beskyttelsesformål formentlig ligeledes berørt.