



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

25. november 2021 *

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2002/58/EF – behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor – artikel 2, stk. 2, litra h) – begrebet »elektronisk post« – artikel 13, stk. 1 – begrebet »anvendelse af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« – direktiv 2005/29/EF – urimelig handelspraksis – bilag I, nr. 26) – begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser pr. e-mail« – reklamemeddelelser – indbakkereklame«

I sag C-102/20,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) ved afgørelse af 30. januar 2020, indgået til Domstolen den 26. februar 2020, i sagen

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

mod

eprimo GmbH,

procesdeltagere:

Interactive Media CCSP GmbH,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af formanden for Anden Afdeling, A. Prechal, som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne J. Passer, F. Biltgen, L.S. Rossi (refererende dommer) og N. Wahl,

generaladvokat: J. Richard de la Tour,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: tysk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- eprimo GmbH ved Rechtsanwalt R. Hall,
- Interactive Media CCSP GmbH ved Rechtsanwälte D. Frey og M. Rudolph,
- den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes, A. Guerra og P. Barros da Costa, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen ved C. Hödlmayr, F. Wilman, N. Ruiz García og S. Kalèda, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 24. juni 2021,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 2, stk. 2, litra h), og artikel 13, stk. 1, i 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), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 (EUT 2009, L 337, s. 11, herefter »direktiv 2002/58«), og af nr. 26) i bilag I til 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).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med to tvister mellem selskaberne StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (herefter »StWL«) og eprimo GmbH, der begge leverer elektricitet til slutkunder, vedrørende en reklameaktivitet, som Interactive Media CCSP GmbH udførte efter anmodning fra eprimo, og som bestod i visning af reklamemeddelelser i indbakken tilhørende brugere af den gratis e-mailtjeneste »T-Online«.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 4. og 40. betragtning til direktiv 2002/58 har følgende ordlyd:
 - »(4) I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren [(EFT 1998, L 24, s. 1)] omsættes principperne i [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 95/46/EF [af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT 1995, L 281, s. 31)] til særregler for telesektoren. Direktiv 97/66/EF bør tilpasses markedsudviklingen og den

teknologiske udvikling inden for elektroniske kommunikationstjenester for at sikre, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på. Direktivet bør derfor ophæves og erstattes af dette direktiv.

[...]

- (40) Der bør træffes foranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, især ved hjælp af automatiserede opkaldsmaskiner, telefaxer og elektronisk post, herunder SMS-meddelelser. Disse former for uanmodet kommerciel kommunikation kan på den ene side være forholdsvis billige og lette at sende og på den anden side medføre en byrde og/eller udgift for modtageren. Desuden kan deres omfang i nogle tilfælde også medføre vanskeligheder for elektroniske kommunikationsnet og terminaludstyr. Det er for sådanne former for uanmodet kommunikation med henblik på direkte markedsføring berettiget at kræve, at der opnås et forudgående udtrykkeligt samtykke fra modtagerne, før sådan kommunikation sendes til dem. Det indre marked kræver en harmoniseret politik for at sikre enkle regler for virksomheder og brugere, der dækker hele [Den Europæiske Union].«

4 Dette direktivs artikel 1, stk. 1, fastsætter:

»1. Dette direktiv tager sigte på en harmonisering af nationale bestemmelser, der er nødvendig for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig retten til privatliv og fortrolighed i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor, og for at sikre fri omsætning af sådanne oplysninger og af elektronisk kommunikationsudstyr og elektroniske kommunikationstjenester i [Den Europæiske Union].«

5 Direktivets artikel 2, stk. 2, litra d), f) og h), med overskriften »Definitioner« har følgende ordlyd:

»Følgende definitioner anvendes også:

- d) »kommunikation«: oplysninger, som udveksles eller overføres mellem et begrænset antal parter via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste. Dette omfatter ikke oplysninger, der overføres som del af en radio- og fjernsynstransmissionstjeneste til offentligheden via et elektronisk kommunikationsnet, medmindre oplysningerne kan kædes sammen med en identificerbar abonnent eller bruger, der modtager oplysningerne

[...]

- f) »samtykke«: givet af bruger eller abonnent svarer til den registreredes samtykke i direktiv 95/46/EF

[...]

- h) »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.«

- 6 Samme direktivs artikel 13, stk. 1, med overskriften »Uanmodet kommunikation« bestemmer:
- »Anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger og kommunikationssystemer uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kan kun tillades over for abonnenter eller brugere, som forudgående har givet deres samtykke hertil.«
- 7 Følgende fremgår af 67. betragtning til direktiv 2009/136:
- »Foranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål ved hjælp af elektronisk post, bør også omfatte sms, [multimedia messaging service (mms)] og andre lignende applikationer.«
- 8 Artikel 2, litra h), i direktiv 95/46 bestemmer:
- »I dette direktiv forstås ved:
- [...]
- h) »den registreredes samtykke« enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling.«
- 9 Artikel 94, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (EUT 2016, L 119, s. 1, berigtiget i EUT 2018, L 127, s. 2) med overskriften »Ophævelse af direktiv 95/46/EF« fastsætter:
- »Henvisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til denne forordning. [...]«
- 10 Denne forordnings artikel 4, nr. 11), har følgende ordlyd:
- »I denne forordning forstås ved:
- [...]
- 11) »samtykke« fra den registrerede: enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling.«
- 11 17. betragtning til direktiv 2005/29 har følgende ordlyd:
- »(17) Med henblik på at sikre yderligere retssikkerhed er det ønskeligt at få præciseret, hvilke former for handelspraksis der under alle omstændigheder anses for urimelige. Bilag I indeholder derfor en fuldstændig liste over alle disse former for praksis. Disse former for handelspraksis er de eneste, der kan anses for urimelige, uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9. Listen kan kun ændres ved en revision af direktivet.«

12 Dette direktivs artikel 5 bestemmer:

»1. Urimelig handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimelig, hvis:

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt
og

b) væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.

[...]

4. En handelspraksis er i særdeleshed urimelig, hvis den er

a) vildledende, jf. artikel 6 og 7,
eller

b) aggressiv, jf. artikel 8 og 9.

5. I bilag I findes fortegnelsen over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige. Den samme fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af dette direktiv.«

13 Det nævnte direktivs artikel 8 bestemmer:

»En handelspraksis betragtes som aggressiv, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og betingelser, ved chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning i væsentlig grad indskrænker eller kan forventes væsentligt at indskrænke gennemsnitsforbrugeren valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet, og derved foranlediger ham til eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.«

14 Nr. 26) i bilag I til samme direktiv, der indeholder fortegnelsen over former for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses som urimelige, fastsætter:

»Aggressiv handelspraksis

[...]

26) Der foretages vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er berettiget i henhold til national lovgivning. Dette berører ikke [...] direktiv 95/46/EF og [2002/58].«

Tysk ret

- 15 § 3, stk. 1 og 2, i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om illoyal konkurrence af 3.7.2004, BGBl. 2004 I, s. 1414, herefter »UWG«) har i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, følgende ordlyd:

»(1) Urimelig handelspraksis er ulovlig.

(2) Handelspraksis, der er rettet til forbrugerne eller berører disse, er urimelig, såfremt den ikke er i overensstemmelse med den diligenspligt, som erhvervsdrivende skal udvise, og såfremt den må antages at påvirke forbrugerens økonomiske adfærd væsentligt.«

- 16 UWG's § 5a, stk. 6, med overskriften »Vildledning ved undladelse« har følgende ordlyd:

»Den, der undlader at angive den egentlige kommercielle hensigt med sin praksis, såfremt denne ikke allerede fremgår af sammenhængen, og den manglende oplysning må antages at foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet, gør sig [...] skyldig i illoyal konkurrence.«

- 17 UWG's § 7 bestemmer:

»(1) Handelspraksis, der medfører en urimelig gene for en markedsaktør, er ulovlig. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår reklamer, såfremt det er åbenbart, at den pågældende markedsaktør ikke ønsker disse.

(2) Der formodes altid at foreligge en urimelig gene ved:

1. reklame, der indebærer anvendelse af et kommercielt fjernkommunikationsmiddel, som ikke er nævnt i denne bestemmelses nr. 2 og 3, idet der vedholdende rettes henvendelse til forbrugeren, uanset at det er åbenbart, at den pågældende ikke ønsker dette

[...]

3. reklame, der indebærer automatiske opkald, telefaxer eller elektronisk post, uden at modtageren udtrykkeligt har givet forudgående samtykke hertil, eller

4. reklame, der er udformet som en henvendelse,

a) der tilslører eller skjuler identiteten af den afsender, på hvis vegne meddelelsen sendes [...]

[...]«

- 18 UWG's § 8 bestemmer:

»(1) Den, der gør sig skyldig i ulovlig handelspraksis som omhandlet i § 3 eller § 7, kan meddeles påbud om at ophøre med den retsstridige handling og kan, såfremt der er risiko for gentagelse, meddeles forbud mod denne. Der kan meddeles forbud, allerede såfremt der er risiko for en praksis i strid med § 3 eller § 7.

[...]

(3) Påbud og forbud i henhold til stk. 1 kan begæres af:

1. konkurrenter

[...]«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 19 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at StWL og eprimo er to konkurrerende leverandører af elektricitet. På anmodning fra eprimo sendte reklamebureauet Interactive Media CCSP reklamer til e-mailpostkasser tilhørende brugere af e-mailtjenesten T-Online. Denne tjeneste finansieres af reklamer, der betales af annoncørerne, og den stilles gratis til rådighed for brugerne.
- 20 Reklamerne blev vist i indbakken i disse brugeres private elektroniske postbokse, nemlig i det felt, hvor modtagne e-mails vises som en liste, idet de blev indskudt blandt de modtagne e-mails.
- 21 Disse brugere modtog således reklamemeddelelser i deres indbakker den 12. december 2016, den 13. januar 2017 og den 15. januar 2017. Der blev heri vist indgående post, som kun visuelt adskilte sig fra listen over andre e-mails tilhørende brugeren af kontoen derved, at datoen var erstattet af angivelsen »Anzeige« (annonce), at der ikke var angivet en afsender, og at teksten fremstod på grå baggrund. Feltet »Emne« i denne indgående post på listen indeholdt en tekst, der reklamerede for fordelagtige priser på elektricitets- og gasydelser.
- 22 Teknisk set knyttes en JavaScript-Code for en adserver (TAG) til den pågældende placering af indbakken på den webside, som brugeren af en sådan elektronisk postboks besøger. Når brugeren åbner websiden, sendes der derfor en anmodning (*Adrequest*) til adserveren om at foretage et tilfældigt valg af et reklamebanner fra en pool, der udgøres af annoncører, og overføre det, således at det vises i brugerens indbakke. Såfremt brugeren klikker på den viste reklame, videresendes søgningen til adserveren, der registrerer klikket og omdirigerer browseren til annoncørens websted.
- 23 E-mailtjenesten T-Onlines funktionalitet behandler modtagelsen af den pågældende reklamemeddelelse i indbakken tilhørende brugere af denne e-mailtjeneste anderledes end almindelige e-mails: Denne reklamemeddelelse, der vises som en e-mail, kan slettes fra listen, men kan hverken gemmes, ændres eller videresendes, og den kan ikke besvares. Endelig medregnes disse reklamemeddelelser ikke i det samlede antal e-mails i indbakken, og de optager heller ikke lagerplads.
- 24 StWL var af den opfattelse, at denne reklamepraksis, der indebar brug af elektronisk post uden modtagerens udtrykkelige forudgående samtykke, var i strid med reglerne om illoyal konkurrence, idet den udgjorde en »urimelig gene« som omhandlet i UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, og var vildledende som omhandlet i UWG's § 5a, stk. 6. StWL anlagde derfor et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud mod eprimo ved Landgericht Nürnberg-Fürth (den regionale ret i første instans i Nürnberg-Fürth, Tyskland). Denne ret tog StWL's påstand til følge og påbød under trussel om tvangsbøde eprimo at ophøre med, i forbindelse med distribution af elektricitet, at udsende sådanne reklamer til endelige forbrugere på e-mailkontoen T-online.de.

- 25 Eprimo iværksatte appel ved Oberlandesgericht Nürnberg (den regionale appeldomstol i Nürnberg, Tyskland), som fandt, at den anfægtede placering af reklamer i indbakken i private elektroniske postbokse hos T-Online ikke udgjorde ulovlig handelspraksis ud fra en konkurrenceretlig betragtning.
- 26 Ifølge denne appeldomstol udgjorde sagsøgte reklamer for det første ikke en urimelig gene, der indebar anvendelse af »elektronisk post« som omhandlet i UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, idet reklamerne ikke kunne betragtes som »elektronisk post« som omhandlet i denne bestemmelse. Under alle omstændigheder påførte de omtvistede reklamer ikke brugeren af e-mailtjenesten T-Online byrder eller omkostninger, som var mere omfattende end den »sædvanlige« ulempe som følge af reklamer, og de indebar følgelig ikke en »urimelig gene« som omhandlet i den almindelige bestemmelse i UWG's § 7, stk. 1, første punktum, navnlig henset til, at der var tale om en gratis e-mailtjeneste.
- 27 For det andet fandt appeldomstolen, at de pågældende reklamer ikke var ulovlige i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 4, litra a), idet der ikke var tale om reklamer i form af meddelelser. UWG's § 7, stk. 2, nr. 1, var heller ikke anvendelig, idet denne bestemmelse forudsætter en »henvendelse«, forstået som en »generende adfærd« for forbrugeren, hvilket der ikke var tale om i den foreliggende sag. Desuden kunne sagsøgte annoncer ikke anses for at være illoyale med henvisning til, at de var vildledende som omhandlet i UWG's § 5a, stk. 6, idet deres karakter af reklamer ikke var skjult.
- 28 StWL iværksatte revisionsanke ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland), der finder, at sagens afgørelse afhænger af fortolkningen af artikel 2, stk. 2, litra d) og h), og artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 samt af nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29.
- 29 Ifølge den forelæggende ret kan den adfærd, som foreholdes eprimo, nemlig være ulovlig i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, der gennemfører artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Den har anført, at det ligeledes er muligt, at reklamerne er ulovlige i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 1, der gennemfører nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29.
- 30 I denne forbindelse anmoder den forelæggende ret Domstolen om at afklare, hvilke kriterier der gælder for begrebet »elektronisk post« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58, og præcisere begrebet »anvendelse« heraf med henblik på direkte markedsføring som omhandlet i dette direktivs artikel 13, stk. 1. Den forelæggende ret anmoder desuden Domstolen om at præcisere kriterierne for, hvornår der er tale om »henvendelser« som omhandlet i nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29.
- 31 Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er [kriterierne for] begrebet »sendes« som omhandlet i artikel 2, [stk. 2], litra h), i direktiv [2002/58] 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-mailindbakken tilhørende en bruger, som udvælges efter et tilfældighedsprincip (indbakkereklame)?

- 2) Forudsætter hentning af en meddelelse som omhandlet i artikel 2, [stk. 2], litra h), i direktiv [2002/58], 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], 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], 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], 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?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første til det fjerde spørgsmål

- 32 Den forelæggende ret ønsker med det første til det fjerde spørgsmål, som skal behandles samlet, nærmere bestemt oplyst, dels om artikel 2, litra h), og artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal fortolkes således, at kriterierne for begrebet »elektronisk post« som omhandlet i disse bestemmelser er opfyldt, når en reklamemeddelelse vises ved åbning af en adgangskodebeskyttet webside for en e-mailkonto i bestemte, hertil beregnede felter i e-mailindbakken tilhørende en tilfældigt udvalgt bruger, dels om dette direktivs artikel 13, stk. 1, skal fortolkes således, at en sådan reklamehenvendelse kun er omfattet af begrebet »anvendelse af [...] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i denne bestemmelse – der kræver, at brugeren af den pågældende e-mailtjeneste forudgående har givet samtykke til en sådan henvendelse – såfremt det konstateres, at byrden for brugeren er mere vidtgående end en gene.
- 33 Med henblik på besvarelsen af disse spørgsmål bemærkes, at det fremgår af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/58, at dette direktiv navnlig tager sigte på en harmonisering af nationale bestemmelser, der er nødvendig for at sikre et ensartet niveau i beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder og navnlig retten til privatliv og fortrolighed i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for den elektroniske kommunikationssektor.
- 34 Som anført i 40. betragtning til direktivet tager dette bl.a. sigte på at sikre abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, især ved hjælp af automatiserede opkaldsmaskiner, telefaxer og elektronisk post, herunder SMS-meddelelser.

- 35 Artikel 2, litra d), i direktiv 2002/58 fastlægger en bred definition af begrebet »kommunikation«, der omfatter oplysninger, som udveksles eller overføres mellem et begrænset antal parter via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste.
- 36 I denne henseende tillader dette direktivs artikel 13, stk. 1, med overskriften »Uanmodet kommunikation« anvendelse af forskellige former for kommunikation, nemlig automatiserede opkaldsanordninger uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post med henblik på direkte markedsføring, såfremt disse er rettet til abonnenter eller brugere, som forudgående har givet deres samtykke hertil.
- 37 Ved anvendelsen af denne bestemmelse skal det derfor for det første undersøges, om den kommunikationsform, der anvendes med henblik på direkte markedsføring, er blandt de former, der er omhandlet i denne bestemmelse, for det andet om den pågældende kommunikation tager sigte på direkte markedsføring, og for det tredje om kravet om forudgående samtykke fra brugeren er blevet overholdt.
- 38 Hvad for det første angår de elektroniske kommunikationsmidler, som benyttes til henvendelser i direkte markedsføringsøjemed, bemærkes indledningsvis, således som generaladvokaten har anført i punkt 53 i forslaget til afgørelse, at listen over kommunikationsmidler, der er nævnt i 40. betragtning til dette direktiv og i dets artikel 13, stk. 1, ikke er udtømmende.
- 39 For det første henvises der nemlig i 67. betragtning til direktiv 2009/136, som ændrede direktiv 2002/58, til andre former for kommunikation end dem, der er nævnt i direktiv 2002/58, idet det heri er anført, at foranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål ved hjælp af elektronisk post, »[også bør] omfatte sms, mms og andre lignende applikationer«. For det andet gælder målet om, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester skal sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, således som det er præciseret i fjerde betragtning til direktiv 2002/58, »uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på«, hvilket bekræfter, at der skal anlægges en teknologisk set vid og evolutionsorienteret forståelse af, hvilke kommunikationsformer dette direktiv omfatter.
- 40 Når dette er sagt, må det fastslås, at den i hovedsagen omhandlede reklamemeddelelse i det foreliggende tilfælde blev sendt til de berørte personer ved hjælp af et af de kommunikationsmidler, som udtrykkeligt er nævnt i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, nemlig elektronisk post.
- 41 Set fra modtagerens synspunkt vises den nævnte reklamemeddelelse nemlig i denne forbindelse i indbakken tilhørende brugeren af e-mailtjenesten, nemlig i et felt, der normalt er forbeholdt private e-mails. Brugeren kan først frigøre dette felt med henblik på at opnå en samlet visning af sine rent private e-mails efter at have gennemset indholdet af samme reklamemeddelelse og først efter aktivt at have slettet den. Hvis brugeren klikker på en reklamemeddelelse som den i hovedsagen omhandlede, omdirigeres den pågældende til en webside, der indeholder den omhandlede reklame, i stedet for at fortsætte læsningen af sine private e-mails.
- 42 I modsætning til reklamebannerne eller kontekstvinduer, der vises ved margenen af listen over private meddelelser eller adskilt fra disse, hindrer visningen af de i hovedsagen omhandlede reklamemeddelelser i listen over brugerens private e-mails adgangen til denne post på tilsvarende måde som uønskede e-mails (også kaldet »spam«), for så vidt som en sådan henvendelse kræver samme stillingtagen fra abonnentens side hvad angår behandlingen af disse meddelelser.

- 43 Som generaladvokaten har anført i punkt 55 i forslaget til afgørelse, er der i øvrigt, for så vidt som reklamemeddelelserne optager positioner i indbakken, som normalt er forbeholdt private e-mails, og på grund af deres lighed med disse, en risiko for forveksling af disse to typer meddelelser, hvilket kan føre til, at en bruger, der klikker på positionen for en reklamemeddelelse, mod sin vilje omdirigeres til et websted, der viser den omhandlede reklame, i stedet for at fortsætte med at se sine private e-mails.
- 44 Som anført af Kommissionen må det imidlertid lægges til grund, at såfremt indgående reklamepost uanset art vises i indbakken i den webbaserede posttjeneste, nemlig i det felt, hvor alle e-mails adresseret til brugeren vises, udgør denne indbakke det middel, hvorved de omhandlede reklamemeddelelser sendes til denne bruger, hvilket indebærer anvendelse af dennes elektroniske post med henblik på direkte markedsføring som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Med andre ord udnytter sagsøgte og intervenienten i hovedsagen samt udbyderen af den involverede e-mailtjeneste eksistensen af listen over privat elektronisk post og abonnentens særlige interesse i og tillid til denne liste til at placere deres direkte reklamer, således at de ser ud som rigtig elektronisk post.
- 45 En sådan fremgangsmåde udgør en anvendelse af elektronisk post som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, der kan være til skade for det formål om at sikre brugerne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, som forfølges med denne bestemmelse.
- 46 Under disse omstændigheder bliver spørgsmålet om, hvorvidt reklamemeddelelser som de i hovedsagen omhandlede selv opfylder kriterierne for at kunne kvalificeres som »elektronisk post« som omhandlet i dette direktivs artikel 2, litra h), overflødigt, for så vidt som disse er blevet sendt til de berørte brugere ved hjælp af deres elektroniske postboks og derfor deres elektroniske post.
- 47 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt formålet med den i det nævnte direktivs artikel 13, stk. 1, omhandlede kommunikation er direkte markedsføring, skal det undersøges, om kommunikationen forfølger et kommercielt formål og henvender sig direkte og individuelt til en forbruger.
- 48 I det foreliggende tilfælde kan de i hovedsagen omhandlede reklamemeddelelser, der tager sigte på at reklamere for tjenesteydelser, på grund af selve deres karakter og den omstændighed, at de udsendes i form af e-mails, således at de vises direkte i indbakken i den berørte brugers private e-mailtjeneste, kvalificeres som kommunikation med henblik på direkte markedsføring som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58.
- 49 Den omstændighed, at modtageren af disse reklamemeddelelser vælges tilfældigt – således som det er blevet nævnt i forbindelse med den forelæggende rets tredje spørgsmål – kan ikke rejse tvivl om denne konklusion.
- 50 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, således som generaladvokaten har anført i punkt 61 i forslaget til afgørelse, at det ikke er en betingelse for anvendelsen af artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, at modtageren er blevet valgt tilfældigt eller på forhånd. Det er med andre ord ikke afgørende, om de omhandlede reklamer er rettet til en på forhånd udpeget, individuel modtager, eller om der er tale om en omfattende og tilfældig udbredelse til mange modtagere.

Det afgørende er, at der foreligger en kommunikation med kommercielt formål, der direkte og individuelt når en eller flere brugere af e-mailtjenester, idet den placeres i indbakken tilhørende disse brugeres e-mailkonti.

- 51 Modtagerne af sådanne reklamemeddelelser er navnlig individualiserede som brugere af en bestemt udbyder af en e-mailtjeneste, for så vidt som brugeren først kan få adgang til sin indbakke, når den pågældende har angivet sine registreringsoplysninger og adgangskode. Visningen sker følgelig efter denne autentificeringsprocedure, som brugeren gennemfører i et privat område, der er forbeholdt vedkommende, og som er beregnet til konsultation af privat indhold i form af elektronisk post.
- 52 For det tredje bemærkes med hensyn til netop kravet om forudgående samtykke som fastsat i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, at såfremt en kommunikation er omfattet af anvendelsesområdet for denne bestemmelse, er det tilladt at sende den på den betingelse, at modtageren forudgående har givet samtykke hertil.
- 53 I denne henseende følger det af artikel 2, stk. 2, litra f), i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 94, stk. 2, i forordning 2016/679, at dette samtykke skal opfylde de krav, der fremgår af artikel 2, litra h), i direktiv 95/46 eller af forordningens artikel 4, nr. 11), afhængigt af hvilken af disse to bestemmelser der finder anvendelse ratione temporis på de faktiske omstændigheder i hovedsagen.
- 54 Artikel 2, litra h), i direktiv 95/46 definerer begrebet »samtykke« som »enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling [af personoplysninger]«.
- 55 Samme krav gælder også i forbindelse med forordning 2016/679. Denne forordnings artikel 4, nr. 11), definerer nemlig »samtykke [fra den registrerede]« således, at der kræves en viljestilkendegivelse fra den registrerede, der er »frivillig, specifik, informeret og utvetydig«, og som tager form af en erklæring eller »klar bekræftelse«, der markerer dennes accept af behandlingen af personoplysninger, som vedrører den pågældende.
- 56 For så vidt angår et påbud om at bringe en ulovlig handelspraksis som den i hovedsagen omhandlede til ophør er det ikke udelukket, således som generaladvokaten har anført i punkt 50 i forslaget til afgørelse, at forordning 2016/679, såfremt det antages, at den af StWL anlagte sag har til formål at bringe eprimos adfærd til ophør for fremtiden, ligeledes finder anvendelse ratione temporis på tvisten i hovedsagen, uanset at de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, indtrådte inden den 25. maj 2018, der er ikrafttrædelsesdatoen for forordningen, idet direktiv 95/46 blev ophævet ved denne med virkning fra samme dato.
- 57 Det følger af det ovenstående, at et sådant samtykke som minimum skal komme til udtryk som en frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse fra den registrerede.
- 58 I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagsakterne for Domstolen, at brugerne i forbindelse med registreringsprocessen for den i hovedsagen omhandlede e-mailadresse foreslås e-mailtjenesten T-Online i form af to kategorier af e-mailtjenester, nemlig dels en gratis tjeneste, der finansieres af reklamer, dels en tjeneste med betaling, uden reklamer. De brugere, der vælger, at tjenesten skal være gratis, således som det er sket i hovedsagen, accepterer således at modtage reklamer mod ikke at betale for brugen af denne e-mailtjeneste.

- 59 I denne forbindelse tilkommer det imidlertid den forelæggende ret at afgøre, om den berørte bruger, der har valgt den gratis version af e-mailtjenesten T-Online, er blevet behørigt informeret om, hvordan sådanne reklamer nærmere bestemt udbredes, og faktisk har givet sit samtykke til at modtage reklamemeddelelser som de i hovedsagen omhandlede. Det skal navnlig for det første sikres dels, at denne bruger er blevet informeret klart og præcist om bl.a. den omstændighed, at der vises reklamemeddelelser i listen over modtagne private e-mails, dels at vedkommende har givet sit samtykke til at modtage sådanne reklamemeddelelser specifikt og med fuldt kendskab til følgerne (jf. i denne retning dom af 11.11.2020, Orange Romania, C-61/19, EU:C:2020:901, præmis 52).
- 60 Med henblik på besvarelsen af det fjerde spørgsmål, hvormed den forelæggende ret ønsker oplyst, om det, for at en reklamehenvendelse som den i hovedsagen omhandlede kan kvalificeres som »anvendelse [...] af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, skal konstateres, at byrden for brugeren er mere vidtgående end en gene, skal det endelig præciseres, at dette direktiv ikke foreskriver overholdelse af et sådant krav.
- 61 Som generaladvokaten har anført i punkt 62 i forslaget til afgørelse, fremgår det nemlig af 40. betragtning til dette direktiv, at kravet om forudgående samtykke ifølge denne bestemmelse navnlig skyldes den omstændighed, at uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål kan »medføre en byrde og/eller udgift for modtageren«. Da sådanne kommunikationer er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, er det derfor ikke nødvendigt at undersøge, om den byrde, som de således medfører for modtageren, er mere vidtgående end en gene.
- 62 I det foreliggende tilfælde er det i øvrigt ubestridt, at en reklamehenvendelse som den i hovedsagen omhandlede faktisk pålægger den berørte bruger en byrde, for så vidt som visningen af reklamemeddelelser i listen over brugerens private e-mails, således som det er blevet anført i denne doms præmis 42, ved at hindre adgangen til disse beskeder på tilsvarende måde som uønskede e-mails (spam) kræver samme stillingtagen fra abonnentens side hvad angår behandlingen af disse meddelelser.
- 63 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første til det fjerde spørgsmål besvares med, at artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal fortolkes således, at visning af reklamemeddelelser i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som rigtig elektronisk post, og er placeret samme sted som denne, udgør »anvendelse af [...] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i denne bestemmelse, uden at den tilfældige udvælgelse af modtagerne af de nævnte meddelelser eller fastsættelsen af, hvor stor byrden for denne bruger er, har betydning i denne henseende, idet en sådan anvendelse kun er tilladt på betingelse af, at brugeren er blevet informeret klart og præcist om, hvordan sådanne reklamer nærmere bestemt udbredes, herunder bl.a. i listen over modtagne private e-mails, og har givet sit samtykke til at modtage sådanne reklamemeddelelser specifikt og med fuldt kendskab til følgerne.

Det femte spørgsmål

- 64 Med det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere oplyst, om nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at en henvendelse bestående i visning af reklamemeddelelser i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet

således, at de fremtræder som rigtig elektronisk post, og er placeret samme sted som denne, er omfattet af begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser« til brugere af e-mailtjenester som omhandlet i denne bestemmelse.

- 65 Dette direktivs artikel 5 forbyder i stk. 1 urimelig handelspraksis og fastsætter i stk. 2 de kriterier, hvorefter det afgøres, om en handelspraksis er urimelig.
- 66 I dette direktivs artikel 5, stk. 4, præciseres det dernæst, at en handelspraksis i særdeleshed er urimelig, hvis den er »vildledende«, jf. artikel 6 og 7 i direktiv 2005/29, og hvis den er »aggressiv«, jf. dette direktivs artikel 8 og 9.
- 67 I denne sammenhæng bemærkes, at der med direktiv 2005/29 foretages en fuldstændig harmonisering på EU-plan af bestemmelserne om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne, og at direktivets bilag I indeholder en udtømmende liste over 31 former for handelspraksis, som i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5, bliver betragtet som urimelige »under alle omstændigheder«. Som det udtrykkeligt præciseres i 17. betragtning til direktivet, er disse former for handelspraksis derfor de eneste, der kan anses for urimelige, uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i samme direktivs artikel 5-9 (dom af 2.9.2021, Peek & Cloppenburg, Düsseldorf, C-371/20, EU:C:2021:674, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).
- 68 I henhold til nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 kvalificeres det som en »handelspraksis, der under alle omstændigheder anses som urimelig«, idet den udgør en aggressiv handelspraksis, såfremt en erhvervsdrivende »foretag[e] vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er berettiget i henhold til national lovgivning«.
- 69 Som det er blevet anført i denne doms præmis 48, 50 og 51, skal en reklamemeddelelse som den i hovedsagen omhandlede anses for at være direkte og individuelt henvendt til den berørte bruger, for så vidt som den, idet den sendes i form af en e-mail, vises direkte i indbakken i denne brugers private e-mailtjeneste, i et privat område, som er beskyttet af en adgangskode og forbeholdt brugeren, og hvor denne kun forventer at modtage beskeder, der er sendt til vedkommende individuelt.
- 70 Som generaladvokaten har anført i punkt 71 i forslaget til afgørelse, kan virkningen af en sådan meddelelse derfor sidestilles med individuel, direkte markedsføring, uanset om annoncøren har individualiseret den konkrete modtager i forbindelse med den tekniske forberedelse af den omhandlede meddelelse eller ej, og uanset om denne meddelelse behandles anderledes end e-mails i relation til lagerplads og funktionaliteter i forbindelse med behandling af rigtig elektronisk post eller ej.
- 71 Under disse omstændigheder må det lægges til grund, at en sådan reklamemeddelelse udgør en »henvendelse« til brugere af e-mailtjenester som omhandlet i nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29.
- 72 Det skal imidlertid også undersøges, om en sådan henvendelse er »vedholdende og uønsket«, således at den i henhold til denne bestemmelse under alle omstændigheder skal forbydes.

- 73 Det skal i denne forbindelse for det første fastslås, at de berørte brugere som anført i denne doms præmis 21 modtog reklamemeddelelser i indbakken i deres private elektroniske postboks tre gange, nemlig henholdsvis den 12. december 2016, den 13. januar 2017 og den 15. januar 2017. Under disse omstændigheder skal en sådan henvendelse, også henset til den hyppighed, hvormed den blev fremsendt i en begrænset periode, anses for at være »vedholdende« som omhandlet i nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29, således som den forelæggende ret har fastslået.
- 74 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt en sådan reklamehenvendelse er »uønsket« som omhandlet i samme nr. 26), skal det undersøges, om visningen af en reklamemeddelelse som den i hovedsagen omhandlede opfylder denne betingelse, idet der skal tages hensyn til, om der foreligger et samtykke fra brugeren forud for visningen, og om brugeren eventuelt har gjort indsigelse mod denne reklameform. En sådan indsigelse er i øvrigt godtgjort i tvisten i hovedsagen, således som den forelæggende ret har fastslået.
- 75 Henset til ovenstående betragtninger skal det femte spørgsmål besvares med, at nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at en henvendelse bestående i visning af reklamemeddelelser i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som rigtig elektronisk post, og er placeret samme sted som denne, er omfattet af begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser« til brugere af e-mailtjenester som omhandlet i denne bestemmelse, hvis visningen af disse reklamemeddelelser dels har haft en så tilstrækkelig hyppig og regelmæssig karakter, at den kan kvalificeres som »vedholdende henvendelser«, dels kan kvalificeres som »uønskede henvendelser«, idet brugeren ikke har givet sit forudgående samtykke til visningen.

Sagsomkostninger

- 76 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 13, stk. 1, i 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), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009, skal fortolkes således, at visning af reklamemeddelelser i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som rigtig elektronisk post, og er placeret samme sted som denne, udgør »anvendelse af [...] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i denne bestemmelse, uden at den tilfældige udvælgelse af modtagerne af de nævnte meddelelser eller fastsættelsen af, hvor stor byrden for denne bruger er, har betydning i denne henseende, idet en sådan anvendelse kun er tilladt på betingelse af, at brugeren er blevet informeret klart og præcist om, hvordan sådanne reklamer nærmere bestemt udbredes, herunder bl.a. i listen over modtagne private e-mails, og har givet sit samtykke til at modtage sådanne reklamemeddelelser specifikt og med fuldt kendskab til følgerne.
- 2) Nr. 26) i bilag I til 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) skal fortolkes således, at en henvendelse bestående i visning af reklamemeddelelser i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som rigtig elektronisk post, og er placeret samme sted som denne, er omfattet af begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser« til brugere af e-mailtjenester som omhandlet i denne bestemmelse, hvis visningen af disse reklamemeddelelser dels har haft en så tilstrækkelig hyppig og regelmæssig karakter, at den kan kvalificeres som »vedholdende henvendelser«, dels kan kvalificeres som »uønskede henvendelser«, idet brugeren ikke har givet sit forudgående samtykke til visningen.

Underskrifter