

Mål C-102/20

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

26 februari 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

30 januari 2020

Klagande:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Motpart:

eprimo GmbH

Part som har intervenerat till stöd för motparten:

Interaktiv Media CCSP GmbH

Saken i det nationella målet

Illojal konkurrens och förbud mot konkurrensbegränsande reklam

Syfte och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av unionsrätten, artikel 267 FEUF

Frågor som hänskjutits för förhandsavgörande

1. Omfattar begreppet sänds i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58/EG fall där en användare av en elektronisk kommunikationstjänst inte sänder något meddelande till en annan användare via ett tjänsteföretag till den andra användarens elektroniska ”adress”, utan meddelandet visas

- automatiskt av reklamservrar på vissa ställen som är avsedda för detta ändamål i e-postinkorgen till en slumpvis utvald användare (inkorg-reklam) efter det att användaren öppnar den lösenordsskyddade webbplats som förvaltar e-postkontot?
2. Krävs det för att ett meddelande ska anses hämtas i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58/EG att mottagaren, efter att ha fått kännedom om att han eller hon har erhållit ett meddelande, medvetet begär hämtningen av meddelandet och därigenom framkallar en tekniskt förprogrammerad överföring av uppgifterna i meddelandet, eller räcker det - om meddelandet därigenom visas i ett e-postkontos inkorg - att användaren öppnar den lösenordsskyddade webbplats som förvaltar e-postkontot?
 3. Är det fråga om elektronisk post i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58/EG även när ett meddelande inte sänds till viss mottagare som faktiskt identifierats före överföringen, utan visas i en slumpvis utvald användares inkorg?
 4. Är det fråga om användning av elektronisk post för direkt marknadsföring i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58/EG endast om det fastställs att den för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning?
 5. Rör det sig om individuell reklam som uppfyller kravet på kontakt i den mening som avses i första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29/EG endast när en kund kontaktas med ett kommunikationsmedium som normalt sett används för privat kommunikation mellan en avsändare och en mottagare, eller räcker det med att det skapas en personlig koppling, såsom genom den nu aktuella reklamen, genom att reklamen visas i ett privat e-postkontos inkorg och således på ett ställe där kunden förväntar sig att se meddelanden som riktas till denne personligen?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation) (EGT L 201, 2002, s. 37), skälen 1, 12, 26, 27 och 40, artikel 1.1, artikel 2 h, artikel 2 d första meningen, artikel 6.1 och artikel 13.1

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (EUT L 149, 2005, s. 22; rättelse: EUT L 253, 2009, s. 18–19), första meningen i punkt 26 i bilaga I

Anförda nationella bestämmelser

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (den tyska lagen mot illojal konkurrens) (nedan kallad UWG), 3 §, 7 § första stycket, 7 § andra stycket punkterna 1, 2 och 3, 8 § första stycket och 8 § andra stycket

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Parterna levererar el till slutförbrukare. Den part som har intervenerat till stöd för motparten är en reklambyrå.
- 2 Motparten gav intervenienten i uppdrag att sända reklamslag till e-postlådor som tillhörde användare av den kostnadsfria e-posttjänsten T-Online. Reklamen utformades på sådant sätt att följande reklamslag visades den 15 januari 2017 i privata brevlådor till användare av denna e-posttjänst, på det ställe där mottagna e-postmeddelanden visas i form av en lista (nedan kallad inkorgen), och placerades tillsammans med mottagna e-postmeddelanden: ”eprimo Spara mera: Billig el och gas. Just nu kan du få eprimo-priser med lockande bonusar! Mer information hittar du på eprimo.de”. Liknande reklamslag hade redan synliggjorts i användarens inkorg den 12 december 2016 och den 13 januari 2017.
- 3 Sådan reklam visas på särskilda ställen som får användas för reklam i e-postlåders inkorgar som Telekom Deutschland GmbH kostnadsfritt tillhandahåller. Reklamen kallas för ”T-Online.de Mail Ad” och kan reserveras av leverantörens annonsörer. På den webbplats som användaren av en sådan kostnadsfri e-postlåda besökte hade en reklamserverns JavaScript-Code (TAG) integrerats på lämpligt ställe i inkorgen. När webbplatsen öppnades sändes en begäran (Adrequest) till reklamservern om att visa en annonsruta inhämtad från poolen. Reklamservern skickade därefter parametrarna till användarens webbläsare, vilket ledde till att en slumpvis utvald annonsruta visades i användarens inkorg. Om användaren klickade på den reklam som visades, skickades denna information vidare först till den reklamserver som registrerade klicket och sedan till webbläsaren på annonsörens sida. Den reklam som visades i inkorgen åtföljdes av ordet annons och kunde raderas från inkorgen genom att klicka på korssymbolen x som fanns bredvid annonsen. Till skillnad från e-postmeddelanden i användarens inkorg var reklamen gråfärgad och innehöll varken datum eller avsändare. Vidare kunde reklamen inte sparas, besvaras eller vidarebefordras med hjälp av de hanteringsverktyg som tjänsteleverantören tillhandahöll. Reklamen placerades inte bland användarens e-postmeddelanden som tjänsten markerade som olästa och använde inte heller något lagringsutrymme i användarens inkomna post.
- 4 Klaganden har gjort gällande att reklamen är konkurrensbegränsande på grund av att den utgör en oacceptabel störning och är vilseledande.

- 5 Landgericht förpliktade motparten att upphöra med att vid affärstransaktioner i konkurrenssyfte som rör leverans av el till slutkonsumenter göra reklam, såsom den beskrivits ovan, via e-postkonto ”T-online.de”.
- 6 Motparten överklagade domen till appellationsdomstolen, som slog fast att den ifrågasatta placeringen av reklamen i privata e-postlåders inkorgar inte utgjorde en affärsmetod som var förbjuden enligt konkurrensrätten.
- 7 Efter att ha erhållit prövningstillstånd från appellationsdomstolen, vilket motparten ansåg inte skulle ha lämnats, yrkade klaganden att avgörandet i första instans skulle fastställas.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 8 För att avgöra målet vid den hänskjutande domstolen ska det avgöras huruvida den rätt till förbudsföreläggande som klaganden har åberopat finns. I enlighet med 8 § första stycket första meningen UWG ställer rätten krav på att motparten eller den intervenient som motparten enligt 8 § andra stycket UWG har anlitat för att göra den omtvistade reklamen använder affärsmetoder som är förbjudna enligt 3 § eller 7 § UWG. Det beteende som motparten anklagas för kan vara förbjudet enligt 7 § andra stycket punkt 3 UWG. Det är även tänkbart att reklamen är förbjuden enligt 7 § andra stycket punkt 1 UWG.
- 9 Huruvida yrkandena är välgrundade beror på hur 7 § andra stycket punkt 3 UWG ska tolkas mot bakgrund av direktiv 2002/58. I detta avseende finns det anledning att fråga sig hur artikel 2 h och artikel 13.1 i direktiv 2002/58 ska tolkas.
- 10 I 7 § första stycket första meningen UWG förbjuds otillbörliga affärsmetoder som innebär en oacceptabel störning för en marknadsaktör. I 7 § andra stycket punkt 3 UWG föreskrivs att en oacceptabel störning alltid ska antas föreligga i bland annat fall av användning av elektronisk post utan föregående uttryckligt samtycke från mottagaren. 7 § andra stycket punkt 3 UWG är förenlig med punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 och införlivar artikel 13.1 i direktiv 2002/58 med tysk rätt. Bestämmelsen ska således tolkas mot bakgrund av artikel 13.1 i direktiv 2002/58 och i enlighet med unionsrätten.
- 11 Enligt artikel 13.1 i direktiv 2002/58 får användningen av elektronisk post för direkt marknadsföring bara tillåtas om abonnenter eller användare i förväg har lämnat sitt samtycke. Enligt artikel 2 h i direktiv 2002/58 avses med ”elektronisk post” ett meddelande i form av text, röst, ljud eller bild som sänds via ett allmänt kommunikationsnät och som kan lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning tills mottagaren hämtar det. Det är tveksamt om dessa villkor är uppfyllda vad gäller omständigheterna i det nationella målet.
- 12 Först uppkommer frågan huruvida den reklam som motparten eller den intervenient som motparten har anlitat i den mening som avses i 8 § andra stycket UWG använder, som blir synliga på särskilda ställen som får användas för reklam

i e-postlåders inkorgar till användare av en kostnadsfri e-posttjänst, ska anses utgöra elektronisk post i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58.

- 13 Den omtvistade reklamen utgör ett meddelande i form av text i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58. Enligt artikel 2 d första meningen i direktiv 2002/58 är en ”kommunikation” all information som utbyts eller överförs mellan ett begränsat antal parter genom en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst. Villkoren är uppfyllda. Motpartens reklam innehåller information i textform som används som marknadsföring för motpartens erbjudande. Denna information överfördes mellan ett begränsat antal parter. Överföringen till användaren av e-postkontot skedde i och med att kommunikationen, efter det att användaren öppnade sitt e-postkonto på webbplatsen genom att logga in, överfördes av reklamserverns leverantör till inkorgen på e-postkontots webbplats och blev synlig för e-postkontots användare. Dessutom överfördes reklaminformationen med hjälp av en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst. Reklamen blev synlig i och med att användaren öppnade sitt e-postkonto som är tillgängligt på internet. Reklamen placerades i den inkorg som är avsedd för att visa mottagna e-postmeddelanden på webbplatsen. Reklamen, i likhet med e-postmeddelandena, överfördes således i elektronisk form via internet och via ett medium som är tillgängligt för allmänheten. En e-posttjänst som är tillgänglig för användare på internet är en elektronisk kommunikationstjänst.

Fråga 1

- 14 Med fråga 1 vill Bundesgerichtshof få klarhet i huruvida den inkorg-reklam som är aktuell i det nationella målet även har ”sänts” i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58.
- 15 Appellationsdomstolen fann att det framgick av begreppet sändning, jämfört med de respektive begreppen post och kommunikationsnät i artikel 2 h i direktiv 2002/58, att det endast var fråga om en ”elektronisk post” när en användare sände ett meddelande till en annan användare genom ett tjänsteföretag (såsom en e-postleverantör) som elektroniskt förflyttade kommunikationen till den andra användarens elektroniska ”adress” (såsom en e-postadress). I det aktuella målet riktades reklamen inte till några specifika kunder, eftersom reklamen endast visades genom en reklamserver på ett visst förbestämt ställe på en webbplats, med hjälp av i förväg definierade ”AdTags/AdSlots” som fanns på webbplatsen.
- 16 Denna ståndpunkt, som härleddes ur vad som kännetecknar traditionella e-postmeddelanden, ska godtas, eftersom unionslagstiftaren, när den antog direktiv 2002/58, uttryckligen angav SMS-meddelanden som en klassisk form av elektronisk post i skäl 40 i direktiv 2002/58, men även betraktade e-postmeddelanden som sådan.
- 17 Om det vid tolkningen av artikel 2 h i direktiv 2002/58 tillämpas de krav som bygger på de egenskaper som kännetecknar traditionella e-postmeddelanden och

som appellationsdomstolen anser vara korrekta, har kommunikationen i förevarande fall inte ”sänts”, vilket innebär att den omtvistade inkorg-reklamen inte utgör någon elektronisk post. Inkorg-reklam sänds inte av en användare av en elektronisk kommunikationstjänst till en annan användare, som den första användaren har valt, genom ett tjänsteföretag (såsom en e-postleverantör) till den andra användarens elektroniska ”adress” (såsom en e-postadress), utan visas automatiskt av reklamservrar på vissa ställen avsedda för detta ändamål i inkorgen till en slumpvis utvald användare efter det att e-postkontot öppnas.

- 18 Skyddsändamålet med artikel 13.1 i direktiv 2002/58 talar emot appellationsdomstolens tolkning av begreppet sänds som bygger på de egenskaper som kännetecknar traditionella e-postmeddelanden. Denna bestämmelse, som återger begreppet elektronisk post som definieras i artikel 2 h i direktiv 2002/58 och reglerar hur den ska användas, syftar till att skydda användare mot intrång i integriteten genom icke begärda kommunikationer för direkt marknadsföring (se skäl 40 i direktiv 2002/58). Det framgår inte att lagstiftaren, med hänsyn till den förutsebara och snabba tekniska utvecklingen, hade för avsikt att statiskt tillämpa begreppet elektronisk post på de ”traditionella” former av e-post, SMS- eller MMS-meddelanden som var kända då direktivet trädde i kraft. Det ska preciseras att unionslagstiftaren, för att skydda användarnas integritet, har valt ett begrepp som är dynamiskt och neutralt vad avser vilken teknik som ska användas. Begreppet gör exempelvis det möjligt att även beakta de elektroniska meddelanden som nyligen börjat användas i sociala nätverk. Eftersom det kan göras intrång i integriteten för användare av elektroniska kommunikationstjänster genom att icke begärda kommunikationer sänds inte bara via traditionella former av individuella elektroniska kommunikationer, såsom e-post, SMS- eller MMS-meddelanden, utan även via nya former av elektronisk kommunikation, förefaller det lämpligt att tolka begreppet sändning inte utifrån traditionella former av elektronisk kommunikation, tolkad som ett utskick från en viss användare till en annan förvald användare, utan på ett funktionellt sätt, tolkad som en spridning.
- 19 Om begreppet uppfattas på ett sådant funktionellt sätt i enlighet med skyddsändamålet med artikel 13.1 i direktiv 2002/58, bör inkorg-reklamen i förevarande fall anses ha sänts i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58. Skäl 40 i direktiv 2002/58 talar även för en sådan tolkning. Användare av allmänna elektroniska kommunikationsnät bör således skyddas mot intrång i integriteten genom icke begärda kommunikationer för direkt marknadsföring, eftersom dessa former av icke begärd kommersiell kommunikation kan vara relativt enkla och billiga att skicka. Dessa synpunkter är relevanta för den nu aktuella inkorg-reklamen.

Fråga 2

- 20 Med fråga 2 vill Bundesgerichtshof få klarhet i de krav som ska ställas med avseende på villkoret i artikel 2 h i direktiv 2008/58 att meddelandet kan lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning tills mottagaren hämtar det.

- 21 Appellationsdomstolen fann att det inte hade förekommit någon sådan hämtning i denna mening vad gäller den omtvistade inkorg-reklamen. Det framgår av skäl 27 i direktiv 2002/58 att det, för att meddelandet anses vara hämtat, krävs att mottagaren agerar medvetet. Mottagaren av meddelandet ska, efter att ha fått kännedom om att han eller hon har erhållit ett meddelande, få tillgång till uppgifter som finns på nätet genom ett agerande, det vill säga genom ett agerande som riktas utåt och som bygger på en viljeyttring. Det viktiga är att den som hämtar meddelandet med sin hämtningsbegäran kan sätta igång ett förfarande för överföring av uppgifter som tekniskt förprogrammerats. I förevarande fall har meddelandet inte hämtats på sådant sätt. Användaren av den elektroniska e-posttjänsten ska tvärtom endast öppna e-posttjänsten med en webbläsare på Deutsche Telekom's webbplats för att annonsrutan ska visas i realtid med hjälp av en reklamserver, utan att användaren märker något av denna åtgärd eller kan välja genom en viljeförklaring huruvida den ska visas.
- 22 Denna tolkning överensstämmer med den potentiella betydelsen av begreppet hämtning i artikel 2 h i direktiv 2002/58. Skäl 27 i direktiv 2002/58 kan dessutom tala för en sådan tolkning. När det gäller elektronisk post avslutas överföringen enligt detta skäl så snart mottagaren hämtar meddelandet, vanligtvis från tjänsteleverantörens server. Denna formulering kan tyda på att det, för att hämta ett meddelande, krävs en slutlig insats från användarens sida för att kommunikationen överförs, vanligtvis från tjänsteleverantörens server.
- 23 Enligt denna restriktiva tolkning, som i normalfall förespråkas för e-postmeddelanden, uppfyller den omtvistade inkorg-reklamen inte villkoren för att utgöra en elektronisk post i den mening som avses i artikel 2 h i direktiv 2002/58. Genom att öppna sitt e-postkonto på tjänsteleverantörens webbplats ger användaren uttryck för sin vilja att dennes e-postmeddelanden som lagras på serverns e-posttjänst visas och överförs. Av allmän erfarenhet är användarens vilja oftast inte att icke begärd kommersiell kommunikation sänds av en reklamserver till användarens e-postkontos inkorg.
- 24 Den uppfattning som appellationsdomstolen förespråkar strider å andra sidan mot en funktionell tolkning som grundar sig på skyddsändamålet med artikel 13.1 i direktiv 2002/58. Enligt denna bestämmelse ska användaren skyddas mot icke begärd kommersiell kommunikation som annonsören relativt enkelt och billigt kan sända via ett elektroniskt kommunikationsnät och som utgör en börda för användaren (skäl 40 i direktiv 2002/58). Mot bakgrund därav framstår det inte som särskilt övertygande att göra åtskillnad mellan ett e-postmeddelande med reklam innehåll som i förekommande fall skickas ut i stor skala och otvetydigt omfattas av begreppet elektronisk post, och den aktuella kommersiella kommunikationen. Båda meddelanden syns i inkorgen, nämligen där e-postmeddelanden visas på den webbplats som användaren öppnar för att ta del av sina e-postmeddelanden. Det saknar vidare betydelse för bedömningen av den störande effekt som ska förebyggas enligt artikel 13.1 i direktiv 2002/58 om den kommersiella kommunikationen placeras i e-postkontots inkorg av tjänsteleverantörens mail-server, tjänsteleverantörens reklamserver, eller ett

företag som samarbetar med tjänsteleverantören. Det som är avgörande är återigen inte att skyddsändamålet tolkas på ett tekniskt, utan på ett funktionellt sätt som tar hänsyn till den störande effekt som en form av reklam kan få för användaren. En sådan tolkning kan följa av att den angripna reklamen överfördes till och visades i e-postkontots inkorg och således på ett ställe där användaren endast förväntar sig att se meddelanden som riktar sig till denne personligen.

- 25 En sådan tolkning som bygger på skyddsändamålet är även förenlig med ordalydelsen i artikel 2 h i direktivet. Det föreligger en hämtning, tolkad som en slutlig insats från användarens sida för att ta del av de meddelanden som han eller hon har erhållit i e-postkontots inkorg. Enligt appellationsdomstolen överfördes reklamservers reklam till inkorgen genom att användaren besökte sitt e-postkonto på den webbplats som förvaltar det och loggade in med sina egna inloggningsuppgifter. Den omständigheten att användaren därigenom endast avser att regelbundet ta del av sina e-postmeddelanden av privat och kommersiell karaktär och inte av några reklambudskap som är irrelevanta eller störande för honom eller henne, såsom skräppost eller reklaminslag, påverkar inte det faktum att en slutlig hämtningsåtgärd vidtas genom att e-postkontot öppnas på internet.
- 26 Den omtvistade inkorg-reklamen lagrades på en reklamserver och således på nätet fram till dess att reklamen visades till följd av inloggningen.
- 27 Av skäl 27 i direktiv 2002/58 kan inte utläsas något annat än vad som föreskrivs däri, nämligen att överföringen, när det gäller elektronisk post, avslutas så snart mottagaren hämtar meddelandet, vanligtvis från tjänsteleverantörens server. Enbart den omständigheten att en elektronisk post endast omfattar meddelanden som lagras på tjänsteleverantörens server gör det inte möjligt att dra slutsatsen att det följer av användningen av begreppet vanligtvis att lagstiftaren inte har uppställt något uttömmande begreppsmässigt villkor, utan endast beskrivit ett faktiskt typfall. Vidare ska det regelverk som skäl 27 i direktiv 2002/58 ingår i beaktas. Denna bestämmelse reglerar när trafikuppgifter ska utplånas. Det viktiga i detta avseende är det ögonblick när överföringen av en kommunikation avslutas (se artikel 6.1 och skäl 26 i direktiv 2002/58). I detta sammanhang hänvisas i skäl 27 i direktiv 2002/58 till det ögonblick när överföringen av elektronisk post avslutas genom att mottagaren hämtar meddelandet. Härav kan inte utläsas några relevanta tolkningskriterier som kan tillämpas på skyddet av användarens integritet mot icke begärd direkt marknadsföring via elektronisk post enligt artikel 13.1 i direktiv 2002/58.

Fråga 3

- 28 Med fråga 3 vill Bundesgerichtshof få klarhet i huruvida det även rör sig om elektronisk post i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58 när ett meddelande inte sänds till en viss mottagare som faktiskt identifierats före överföringen, utan - såsom i förevarande fall - visas hos en slumpvis utvald användare.

- 29 Appellationsdomstolen fann att elektronisk post, i den mening som avses i 7 § andra stycket punkt 3 UWG, förutsätter att utskicket sker ”individuellt”, det vill säga att det är adresserat till en viss mottagare som bestämts före utskicket och som därför kan meddela i förväg att han eller hon samtycker till ett sådant utskick. Detta följer av att det, för att de former av reklam som avses i 7 § andra stycket punkt 2 UWG ska vara tillåtna, krävs att mottagaren dessförinnan har lämnat ett uttryckligt samtycke. Kravet på ett sådant föregående uttryckligt samtycke förutsätter nödvändigtvis att det finns en faktisk mottagare som kan meddela annonsören huruvida han eller hon samtycker till reklamen. Den omtvistade reklamen visades emellertid slumpmässigt för kunder till den kostnadsfria e-posttjänsten, utan att de i förväg kunde meddela huruvida de samtyckte till reklamen.
- 30 Den hänskjutande domstolen frågar sig om en sådan uppfattning kan godtas. Enligt artikel 13.1 i direktiv 2002/58 får användningen av elektronisk post för direkt marknadsföring bara tillåtas i fråga om abonnenter eller användare som i förväg har gett sitt samtycke. Det är emellertid inte möjligt att motsatsvis utläsa av detta krav att alla former av direkt marknadsföring via kommunikationsnät är tillåtna utan samtycke, när användaren, på grund av de tekniska metoder som annonsören använder, inte kan ge sitt samtycke innan en reklam faktiskt används.

Fråga 4

- 31 Med fråga 4 vill Bundesgerichtshof få klarhet i huruvida det rör sig om användning av elektronisk post för direkt marknadsföring i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58 om det fastställs att användningen utgör en börda för användaren - såsom den som appellationsdomstolen har fastställt i förevarande fall - som går utöver en störning.
- 32 Appellationsdomstolen fann att andemeningen i och syftet med 7 § andra stycket punkt 3 UWG, som ska definieras mot bakgrund av skäl 40 i direktiv 2002/58, talar mot att denna bestämmelse ska tillämpas på den omtvistade reklamen. Det är visserligen riktigt att användaren av e-posttjänsten störs av att reklamen visas i inkommen post, närmare bestämt bland de nya inkomna e-postmeddelandena. Eftersom reklamen framstår för en utomstående betraktare som ett e-postmeddelande och således blir synligare än reklam utanför inkommen post, ska den anses vara mer störande än reklam som visas längs postlådans kanter. Det finns emellertid ingen börda eller kostnad, i den mening som avses i skäl 40 i direktiv 2002/58, som går utöver denna störning. I synnerhet placerades inkorgreklamen inte bland de e-postmeddelanden som kunden inte hade läst och använde inte heller något lagringsutrymme i inkommen post. På grund av att e-postmeddelanden och reklamslag ser olika ut krävs det inte heller någon ansträngning för att särskilja viktiga elektroniska meddelanden från elektronisk skräppost.

- 33 Det kan inte ges något tydligt svar på frågan huruvida denna tolkning kan godtas. Ordalydelsen i skäl 40 i direktiv 2002/58 kan tala för appellationsdomstolens tolkning. I appellationsdomstolens tolkning behandlas inte frågan huruvida användaren störs. Användare av allmänna elektroniska kommunikationsnät bör snarare skyddas mot intrång i integriteten genom icke begärda kommunikationer för direkt marknadsföring, eftersom dessa former av icke begärd kommersiell kommunikation dels kan vara relativt enkla och billiga att skicka, och dels kan utgöra en börda och/eller en kostnad för mottagaren. Dessutom kan i vissa fall deras omfattning även medföra svårigheter för elektroniska kommunikationsnät och terminalutrustning. Med hänsyn till att det i förevarande fall inte har uppstått någon kostnad för användaren eller några svårigheter för elektroniska kommunikationsnät eller terminalutrustning, är det avgörande huruvida det har gjorts intrång i användarnas integritet genom inkorg-reklamen. I skäl 40 i direktiv 2002/58 anges i alla fall inte uttryckligen att det enbart räcker med en störning.
- 34 Vidare omfattar betydelsen av begreppet börda, med hänsyn till det grundläggande skydd av integriteten mot icke begärd direkt marknadsföring, även det intrång i integriteten som tar sig uttryck i den omständigheten att konsumenten inte (endast) utsätts för reklam som vanligtvis visas på samma ställen på en webbplats som han eller hon därför lätt kan bortse från, utan (även) visas i e-postkontots inkorg och således på ett ställe på tjänsteleverantörens webbplats där e-postmeddelanden som riktas till användaren personligen visas och som han eller hon därför besöker med ett visst mål i åtanke, och därför med särskild uppmärksamhet. Det ska tilläggas att användare av allmän erfarenhet uppfattar reklambudskap som placeras i den inkorg som är avsedd för meddelanden som riktas till användare personligen på ett mer individuellt sätt än annonsrutor som finns längs webbplatsens kanter och som uppenbarligen riktas till allmänheten. Oavsett påståendet i och föremålet för reklamen, kan den vara ännu mer störande för användaren.
- 35 I detta avseende ska det även tas hänsyn till att privata, lösenordsskyddade e-postkonton ingår i området personliga levnadsvanor som skyddas av individens rättigheter. Inom detta område ska den berörda personen inte bara skyddas mot att han eller hon ska anstränga sig för att gå igenom de meddelanden som riktas till denne och särskilja reklam från andra meddelanden. Som en följd av den berörda personens rätt till självbestämmande ska dennes vilja att bevara sin privata sfär från att behöva utsättas för reklam och dess underförstådda effekt skyddas. Enligt artikel 1.1 och skälen 1, 12 och 40 i direktiv 2002/58 syftar även artikel 13.1 i direktivet till att skydda användarnas integritet inom sektorn för elektronisk kommunikation. Vid bedömningen av huruvida en reklamåtgärd som gör intrång i integriteten har en störande effekt ska det dessutom beaktas att det av allmän erfarenhet föreligger en risk att störningar uppstår till följd av att reklamformen sprids.
- 36 Eftersom det som är avgörande vid tolkningen av skyddsändamålet med artikel 13.1 i direktiv 2002/58 är skydd av integriteten och inte användarnas skydd mot vilseledande reklam, saknar det vid prövningen av denna bestämmelse betydelse

att den reklam som visas i användarnas inkorgar ser annorlunda ut än e-postmeddelanden och att olikheten dessutom förtydligas av att inkorg-reklamen innehåller en hänvisning till att det rör sig om en annons. Kommunikationens utformning, visning av den kommersiella kommunikationen samt enkel genomläsning medför av allmän erfarenhet att mycket av användarens tid tas i anspråk, även om han eller hon redan från början klart och tydligt kan identifiera och radera de reklambudskap som visas i e-postkontots inkorg. Av samma skäl utgör de omständigheter som appellationsdomstolen har åberopat att reklamen inte placeras bland de e-postmeddelanden som kunden inte har läst och inte heller använder något lagringsutrymme i inkommen post inte hinder för att artikel 13.1 i direktiv 2002/58 ska anses ha åsidosatts.

- 37 I motsats till vad appellationsdomstolen fann, ska två olika situationer särskiljas vid bedömningen av huruvida det har gjorts intrång i integriteten hos en användare av en privat e-posttjänst. Den första situationen består i att användaren endast utsätts för reklam på ställen som vanligtvis används för reklambudskap. Den andra situationen består i att användaren, utöver den situation som beskrivs ovan, utsätts för reklam på ställen på sin e-postleverantörs webbplats där han eller hon normalt sett kan hitta de e-postmeddelanden som riktas till denne personligen och som han eller hon nödvändigtvis fäster särskild uppmärksamhet vid. Även appellationsdomstolens konstateranden talar för detta. Appellationsdomstolen preciserade att användaren av e-posttjänsten störs av att reklamen visas i inkommen post, närmare bestämt bland de nya inkomna e-postmeddelandena. Eftersom reklamen framstår för en utomstående betraktare som ett e-postmeddelande och således kan bli synligare än reklam utanför inkommen post, ska den anses vara mer störande än reklam som visas längs postlådans kanter. Dessa konstateranden överensstämmer med allmän erfarenhet.

Fråga 5

- 38 I förevarande fall ställs frågan huruvida den omtvistade reklamen förbjuds enligt 7 § andra stycket punkt 3 UWG. Vid tillämpningen av denna bestämmelse ska det klargöras hur första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska tolkas.
- 39 I 7 § andra stycket punkt 1 UWG föreskrivs att reklam alltid ska antas utgöra en oacceptabel störning i den mening som avses i 7 § första stycket första meningen när konsumenter, trots att de tydligen inte önskar det, kontaktas vid upprepade tillfällen med lämpliga affärskommunikationsmedel för distansförsäljning som inte specificeras i punkterna 2 och 3 i denna bestämmelse. Denna bestämmelse införlivar första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 och ska tolkas i enlighet med denna bestämmelse. Enligt första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 anses som aggressiv affärsmetod, som under alla omständigheter ska anses vara otillbörlig, den metod som består i att ta upprepade och oönskade kontakter per telefon, fax, e-post eller annat medium utom under de förhållanden som inte är relevanta i förevarande fall och i den utsträckning som enligt nationell lagstiftning är motiverad för att få en avtalsmässig skyldighet fullgjord. I

förevarande fall uppkommer en fråga om tolkningen av denna unionsbestämmelse som inte är lätt att besvara.

- 40 Med fråga 5 vill Bundesgerichtshof få klarhet i vilka krav som ska ställas på ”kontakt” i den mening som avses i första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29.
- 41 Kännetecknande för en kontakt är att det förekommer reklam som särskilt riktar sig till en viss kund. I detta avseende uppkommer frågan huruvida det endast rör sig om en individuell reklam som uppfyller kravet på kontakt när en kund kontaktas med ett kommunikationsmedium som normalt sett används för privat kommunikation mellan en avsändare och en mottagare, såsom telefon, fax eller e-post, eller räcker det, såsom i förevarande fall, med att en koppling skapas med en viss kund genom att reklamen visas i ett privat e-postkontos inkorg, det vill säga på ett ställe där kunden förväntar sig att se meddelanden som riktas till denne personligen.
- 42 Ordalydelsen i första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 kan tolkas på båda sätt. Eftersom inkorg-reklamen, såsom angetts ovan, utgör intrång i kundens integritet och att han eller hon störs mer av denna reklam än av traditionella annonsrutor som visas på de ställen på en webbplats som normalt sett är avsedda för detta ändamål och som inte har någon individuell koppling, äventyras även skyddsändamålet med denna bestämmelse.