Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
JEANA RICHARDA DE LA TOUR
přednesené dne 24. června 2021 [1]

Věc C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
proti
eprimo GmbH
za účasti:
Interactive Media CCSP GmbH

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo)]

„Řízení o předběžné otázce – Směrnice 2002/58/ES – Zpracování osobních údajů a ochrana soukromí v odvětví elektronických komunikací – Reklamní zprávy zasílané do složky příchozích zpráv uživatele e-mailové služby – Článek 2 druhý pododstavec písm. h) – Pojem ‚elektronická pošta' – Článek 13 odst. 1 – Pojem ‚použití […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu' – Směrnice 2005/29/ES – Nekalé obchodní praktiky – Bod 26 přílohy I – Pojem ‚vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím elektronické pošty' "

I. Úvod

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článku 2 druhého pododstavce písm. h) a článku 13 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (směrnice o soukromí a elektronických komunikacích) [2], ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/136/ES ze dne 25. listopadu 2009 [3] (dále jen „směrnice 2002/58"), jakož i bodu 26 přílohy I směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) [4].

2. Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (dále jen „StWL") a eprimo GmbH, dvěma společnostmi, jež dodávají elektřinu konečným odběratelům, jehož předmětem je slučitelnost reklamy šířené společností Media CCSP GmbH

[1] – Původní jazyk: francouzština.

[2] – Úř. věst. 2002, L 201, s. 37; Zvl. vyd. 13/29, s. 514.

[3] – Úř. věst. 2009, L 337, s. 11.

[4] – Úř. věst. 2005, L 149, s. 22.

(dále jen „Interactive Media“) z pověření společnosti eprimo, která spočívá v zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatelů bezplatné e-mailové služby „T-Online“, s vnitrostátní právní úpravou v oblasti nekalé soutěže.

3. Reklamní techniku dotčenou ve věci v původním řízení je obtížné kvalifikovat, jelikož se na jedné straně liší od technického vzoru e-mailové zprávy a na druhé straně má z pohledu příjemce obdobné účinky jako nevyžádaná pošta (spam), proti níž především směřuje ochrana upravená zejména v čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58.

4. V tomto stanovisku zaprvé navrhnu Soudnímu dvoru, aby rozhodl, že čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 musí být vykládán v tom smyslu, že zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby ve formě obdobné e-mailovým zprávám a na stejném místě jako e-mailové zprávy je „použitím […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu“ ve smyslu uvedeného ustanovení, přičemž skutečnost, že tyto zprávy jsou adresovány náhodným uživatelům, je v tomto ohledu irelevantní a není ani nutné dospět k závěru, že zátěž, kterou představují pro uživatele, překračuje rámec obtěžování. Předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda uvedený uživatel udělil předchozí souhlas se zobrazováním takových zpráv ve složce příchozích zpráv svého e-mailového účtu, který byl přinejmenším svobodný, výslovný a vědomý.

5. Zadruhé navrhnu Soudnímu dvoru, aby určil, že pojem „vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím […] elektronické pošty“ ve smyslu bodu 26 přílohy I směrnice 2005/29 musí být vykládán v tom smyslu, že může zahrnovat takové jednání, jako je jednání dotčené ve věci v původním řízení, které spočívá v zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby ve formě obdobné e-mailovým zprávám a na stejném místě jako e-mailové zprávy. Předkládajícímu soudu nicméně přísluší ověřit jednak, zda zobrazování těchto reklamních zpráv bylo natolik četné a pravidelné, aby je bylo možné považovat za „vytrvalé“ nabídky, a jednak, zda lze zobrazování uvedených zpráv považovat za „nevyžádané“ nabídky, s přihlédnutím k tomu, zda uživatel udělil předběžný souhlas s takovým zobrazováním, či nikoli, a ke skutečnosti, že dotyčný uživatel vznesl proti takovému reklamnímu postupu námitky.

II. Právní rámec

A. Unijní právo

1. Směrnice 2002/58

6. V bodech 4 a 40 odůvodnění směrnice 2002/58 se uvádí:

„(4) směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/66/ES ze dne 15. prosince 1997 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví telekomunikací [5] převedla zásady stanovené ve směrnici [Evropského parlamentu a Rady] 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů [6] do zvláštních pravidel pro odvětví telekomunikací. Směrnici [97/66] je nutno přizpůsobit vývoji trhů a technologií v oblasti služeb elektronických komunikací, aby uživatelům veřejně

5 – Úř. věst. 1998, L 24, s. 1.

6 – Úř. věst. 1995, L 281, s. 31; Zvl. vyd. 13/15, s. 355.

dostupných služeb elektronických komunikací zajistila stejnou úroveň ochrany osobních údajů a soukromí bez ohledu na použité technologie. Uvedená směrnice bude tedy zrušena a nahrazena touto směrnicí.

[…]

(40) účastníkům musí být poskytnuta ochranná opatření proti zásahům do jejich soukromí způsobeným nevyžádanými sděleními pro účely přímého marketingu, zejména prostřednictvím automatických volacích zařízení, telefaxů a elektronické pošty, včetně SMS zpráv. Posílání těchto forem nevyžádaných obchodních sdělení může být na jednu stranu poměrně jednoduché a levné, ale na druhou stranu může způsobit příjemci zátěž a/nebo náklady. Navíc jejich objem může také v některých případech působit problémy sítím elektronických komunikací a koncovým zařízením. V případě takových forem nevyžádaných obchodních sdělení pro účely přímého marketingu je odůvodněné vyžadovat, aby byl získán výslovný souhlas příjemce předem, ještě před zasláním takových sdělení. Jednotný trh vyžaduje harmonizovaný přístup, aby byla zajištěna jednoduchá pravidla pro podniky i uživatele platná v celé [Unii].“

7. Článek 2 směrnice 2002/58, nadepsaný „Definice“, stanoví:

„Není-li stanoveno jinak, použijí se [pro účely této směrnice] definice uvedené ve směrnici [95/46] a směrnici Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice)[7].

Použijí se rovněž tyto definice:

[…]

d) ‚sdělením‘ se rozumí jakákoli informace, která se vyměňuje nebo přenáší mezi určitým počtem zúčastněných stran prostřednictvím veřejně dostupné služby elektronických komunikací; toto nezahrnuje informace přenášené jako součást vysílání pro veřejnost prostřednictvím sítě elektronických komunikací s výjimkou případů, kdy lze informace přiřadit k identifikovatelnému účastníku nebo uživateli, který tyto informace přijímá;

[…]

f) ‚souhlas‘ uživatele či účastníka odpovídá souhlasu subjektu údajů podle směrnice [95/46[8]];

[…]

7 – Úř. věst. 2002, L 108, s. 33; Zvl. vyd. 13/29, s. 514.

8 – Podle čl. 2 písm. h) směrnice 95/46 se „souhlasem subjektu údajů“ rozumí „jakýkoli svobodný, výslovný a vědomý projev vůle, kterým subjekt údajů dává své svolení k tomu, aby osobní údaje, které se jej týkají, byly předmětem zpracování“. Tato směrnice byla s účinností ode dne 25. května 2018 nahrazena nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů) (Úř. věst. 2016, L 119, s. 1), v jehož čl. 4 bodě 11 je „souhlas“ subjektu údajů definován jako „jakýkoli svobodný, konkrétní, informovaný a jednoznačný projev vůle, kterým subjekt údajů dává prohlášením či jiným zjevným potvrzením své svolení ke zpracování svých osobních údajů“. Článek 94 odst. 2 tohoto nařízení, nadepsaný „Zrušení směrnice [95/46]“, stanoví, že „[o]dkazy na zrušenou směrnici se považují za odkazy na toto nařízení“.

h) ‚elektronickou poštou' se rozumí jakákoli textová, hlasová, zvuková či obrazová zpráva posílaná prostřednictvím veřejné komunikační sítě, kterou lze uchovávat v síti nebo v koncovém zařízení příjemce, dokud si ji příjemce nevyzvedne;

[…]"

8. Článek 13 směrnice 2002/58, nadepsaný „Nevyžádaná sdělení", stanoví:

„1. Automatické volací a komunikační systémy bez zásahu člověka (automatické volací přístroje), faximilní přístroje (faxy) nebo elektronickou poštu je možno použít pro účely přímého marketingu pouze v případě účastníků nebo jedinců, kteří k tomu dali předchozí souhlas.

2. Bez ohledu na odstavec 1, pokud fyzická nebo právnická osoba získává od svých zákazníků jejich elektronické kontaktní údaje pro elektronickou poštu v souvislosti s prodejem výrobku nebo služby a v souladu se směrnicí [95/46], může tato fyzická či právnická osoba využít tyto elektronické kontaktní údaje pro účely přímého marketingu svých vlastních obdobných výrobků nebo služeb pouze za předpokladu, že je zákazníkům jasně a zřetelně poskytnuta možnost zdarma a jednoduchým způsobem nesouhlasit s takovým využitím jejich elektronických kontaktních údajů v okamžiku shromažďování těchto kontaktních údajů a při zasílání každého jednotlivého sdělení, pokud zákazník původně toto využití neodmítl.

3. Členské státy musí přijmout vhodná opatření zajišťující, že nevyžádaná sdělení pro účely přímého marketingu, v případech jiných než uvedených v odstavcích 1 a 2, nebudou povolena buď bez souhlasu dotčených účastníků či uživatelů, nebo ve vztahu k účastníkům či uživatelům, kteří si nepřejí taková sdělení dostávat, přičemž výběr z uvedených možností bude stanoven vnitrostátními právními předpisy a zohlední se skutečnost, že obě možnosti musí být pro účastníka nebo uživatele bezplatné.

4. V každém případě se zakazuje praxe zasílání elektronické pošty pro účely přímého marketingu, pokud tato skrývá nebo utajuje totožnost odesílatele, jehož jménem se sdělení přenáší, nebo je v rozporu s článkem 6 směrnice [Evropského parlamentu a Rady] 2000/31/ES [ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu)[9]], nebo je zaslána bez platné adresy, na kterou by příjemce mohl odeslat žádost o ukončení zasílání takových sdělení, nebo ve které jsou příjemci vybízeni, aby navštívili internetové stránky, jež jsou v rozporu s tímto článkem.

[…]"

2. Směrnice 2005/29

9. Bod 17 odůvodnění směrnice 2005/29 uvádí:

„Pro zajištění vyšší právní jistoty je žádoucí určit takové obchodní praktiky, jež jsou za všech okolností nekalé. Příloha I proto uvádí taxativní výčet všech takových praktik. Pouze tyto obchodní praktiky lze pokládat za nekalé, aniž by bylo třeba provádět hodnocení jednotlivých případů podle článků 5 až 9. Tento seznam lze změnit pouze revizí této směrnice."

[9] – Úř. věst. 2000, L 178, s. 1; Zvl. vyd. 13/25, s. 399.

10. Článek 5 směrnice 2005/29 stanoví:

„1. Nekalé obchodní praktiky jsou zakázány.

2. Obchodní praktika je nekalá, pokud

a) je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče

a

b) podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejímu působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, ve vztahu k danému produktu.

[…]

4. Obchodní praktiky jsou nekalé zejména tehdy, jsou-li

a) klamavé ve smyslu článků 6 a 7

nebo

b) agresivní ve smyslu článků 8 a 9.

5. V příloze I je uveden výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností. Tento jednotný výčet platí ve všech členských státech a může být změněn pouze revizí této směrnice.“

11. Článek 8 směrnice 2005/29 stanoví:

„Obchodní praktika je považována za agresivní, pokud ve svých věcných souvislostech a s přihlédnutím ke všem jejím rysům a okolnostem obtěžováním, donucováním včetně použití fyzické síly nebo nepatřičným ovlivňováním výrazně zhoršuje nebo může výrazně zhoršit svobodnou volbu nebo chování průměrného spotřebitele ve vztahu k produktu, čímž způsobí nebo může způsobit, že spotřebitel učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil.“

12. V příloze I této směrnice je uveden výčet „[o]bchodních praktik, jež jsou za všech okolností považovány za nekalé“. Mezi „[a]gresivní obchodní praktiky“ podle bodu 26 patří „[v]ytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, e-mailu nebo jiných prostředků přenosu na dálku, kromě situací a v rozsahu odůvodněném podle vnitrostátních právních předpisů za účelem vymáhání smluvních závazků. Tím nejsou dotčeny […] směrnice [95/46] […] a [2002/58]“.

B. Německé právo

13. Ustanovení § 3 odst. 1 a 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zákon o ochraně hospodářské soutěže) [10] ze dne 3. července 2004, ve znění použitelném na spor v původním řízení, zní:

„(1) Nekalé obchodní praktiky jsou protiprávní.

(2) Nekalé obchodní praktiky, které jsou zaměřeny na spotřebitele nebo kterými jsou dotčeni spotřebitelé, jsou nekalé, pokud nejsou v souladu s povinností péče uloženou podnikatelům a mohou vzhledem ke své povaze podstatně ovlivnit hospodářské chování spotřebitelů."

14. Ustanovení § 5a odst. 6 UWG zní:

„Kdo neuvede skutečný obchodní záměr určité praktiky, dopouští se […] nekalé soutěže, pokud tento záměr nevyplývá ze samotného kontextu a jeho neuvedení může přimět spotřebitele, aby učinil obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil."

15. Ustanovení § 7 odst. 1 a 2 UWG zní:

„(1) Obchodní praktiky, které představují pro účastníky trhu nepřiměřené obtěžování, jsou protiprávní. To platí zejména pro reklamu, která je šířena přesto, že si ji účastník trhu zjevně nevyžádal.

(2) Existence nepřiměřeného obtěžování se předpokládá za všech okolností:

1. v případě reklamy s použitím obchodního komunikačního prostředku určeného k uvádění služeb na trh na dálku, neuvedeného v bodech 2 a 3 tohoto ustanovení, kterým jsou spotřebiteli zasílány vytrvalé nabídky, přestože si je zjevně nevyžádal;

[…]

3. v případě reklamy s použitím automatických volacích přístrojů, faximilních přístrojů (faxů) nebo elektronické pošty bez výslovného předchozího souhlasu příjemce nebo

4. v případě reklamy ve formě zprávy

   a) která byla odeslána s utajenou nebo skrytou totožností odesilatele, jehož jménem je sdělení zasíláno […]

   […]"

16. Ustanovení § 8 UWG stanoví:

„(1) Proti každému, kdo se dopustí protiprávní obchodní praktiky ve smyslu § 3 nebo § 7, může být podána žaloba na nápravu protiprávního stavu nebo, hrozí-li opakované protiprávní jednání, žaloba na zdržení se protiprávního jednání. Právo podat žalobu na zdržení se protiprávního jednání existuje, pokud hrozí vznik praktiky porušující ustanovení § 3 nebo § 7.

[10] – BGBl. 2004 I, s. 1414, dále jen „UWG".

(2) Pokud se protiprávního jednání v rámci podniku dopustil zaměstnanec nebo pověřená osoba, lze žalobu na zdržení se protiprávního jednání a žalobu na nápravu protiprávního stavu podat rovněž proti majiteli podniku.

(3) Práva zakotvená v odstavci 1 náleží

1. každému soutěžiteli;

[…]“

III. Spor v původním řízení a předběžné otázky

17. Společnosti StWL a eprimo jsou dvěma konkurenčními dodavateli elektřiny. Na základě zadání ze strany společnosti eprimo zasílala reklamní agentura Interactive Media reklamní oznámení do e-mailových schránek uživatelů bezplatné e-mailové služby T-Online.

18. Tyto reklamní zprávy oznamující, že s eprimo „ušetříte“, se zobrazovaly v soukromé e-mailové schránce uživatele služby T-Online, a to konkrétně ve složce příchozích zpráv, tedy v části, kde se ve formě seznamu zobrazují přijaté e-mailové zprávy, přičemž byly vloženy mezi jednotlivé přijaté e-maily. Na rozdíl od těchto e-mailů byla reklama, označená jako „inzerce“, zobrazena na šedém pozadí, nebylo u ní uvedeno datum ani odesílatel, nebylo možné ji archivovat, přeposlat ani na ni odpovědět pomocí nástrojů pro správu e-mailových zpráv, jež nabízí poskytovatel e-mailové služby. Navíc se nezapočítávala do počtu nepřečtených e-mailů a v doručené poště uživatele nezabírala žádnou úložnou kapacitu. Dotyčný uživatel zaslal dne 20. prosince 2016 společnosti eprimo výzvu k nápravě týkající se reklamy ze dne 12. prosince 2016, a tím společnosti eprimo výslovně oznámil, že nemá zájem o zasílání takové reklamy. Ve dnech 13. a 15. ledna 2017 se však přesto v jeho složce příchozích zpráv objevily reklamní zprávy stejného druhu.

19. Reklamní zprávy dotčené ve věci v původním řízení se zobrazují ve složce příchozích zpráv náhodně vybraných uživatelů e-mailové služby. Po otevření internetové stránky e-mailového účtu je odeslán požadavek (AdRequest) reklamnímu serveru, který následně zašle internetovému prohlížeči uživatele příslušné parametry, aby zobrazil ve složce příchozích zpráv tohoto e-mailového účtu náhodně vybraný reklamní banner. Pokud uživatel klikne na zobrazenou reklamu, je dané zadání nejprve přesměrováno na reklamní server, který dané kliknutí zaprotokoluje a přesměruje prohlížeč na stránky inzerenta.

20. Na návrh společnosti StWL, podle které je tento způsob reklamy porušením práva hospodářské soutěže, jelikož představuje nepřiměřené obtěžování a klamavou reklamu, uložil Landgericht Nürnberg-Fürth (zemský soud Norimberk-Fürth, Německo) společnosti eprimo, aby se v obchodním styku pro účely hospodářské soutěže v souvislosti s distribucí elektřiny konečným spotřebitelům zdržela šíření reklamy na e-mailový účet T-Online.

21. Společnost eprimo podala odvolání k Oberlandesgericht Nürnberg (Vrchní zemský soud v Norimberku, Německo), který mu vyhověl s odůvodněním, že sporné umisťování reklamy do složky příchozích zpráv uživatele e-mailové služby nepředstavuje z hlediska práva hospodářské soutěže protiprávní obchodní praktiku.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (Vrchní zemský soud v Norimberku) rozhodl, že dotčená reklama nepředstavuje nepřiměřené obtěžování s použitím elektronické pošty ve smyslu § 7 odst. 2 bodu 3 UWG, jelikož tuto reklamu nelze považovat za elektronickou poštu ve smyslu tohoto ustanovení. V každém případě podle něj uvedená reklama nepředstavuje pro uživatele e-mailové služby zátěž nebo náklady přesahující rámec „normálního“ obtěžování, které způsobuje každá reklama, a tudíž nezakládá nepřiměřené obtěžování ve smyslu § 7 odst. 1 věty první UWG, a to zejména s ohledem na skutečnost, že daná e-mailová služba je bezplatná.

23. Dále dospěl uvedený soud k závěru, že dotčená reklama není protiprávní na základě § 7 odst. 2 bodu 4 písm. a) UWG, jelikož nejde o reklamu ve formě zpráv. Podle uvedeného soudu není použitelné ani ustanovení § 7 odst. 2 bodu 1 UWG, jelikož to předpokládá „nabídky“ ve smyslu jednání obtěžujícího spotřebitele, což v projednávané věci neplatí. Konečně dotčenou inzerci podle něj nelze považovat za nekalou z důvodu, že by byla zavádějící ve smyslu § 5a odst. 6 UWG, jelikož neskrývá svou reklamní povahu.

24. Společnost StWL podala proti tomuto rozhodnutí opravný prostředek „Revision“ k Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo), který dospěl k závěru, že jeho odpověď na otázku, zda existuje právo požadovat zdržení se dotčené praktiky, závisí na výkladu článku 2 druhého pododstavce písm. d) a h) a článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58, jakož i bodu 26 přílohy I směrnice 2005/29 a pojmů „elektronická pošta“, „použití“ a „nabídky“.

25. Předkládající soud má totiž za to, že jednání vytýkané společnosti eprimo by mohlo být protiprávní na základě § 7 odst. 2 bodu 3 UWG, kterým se provádí čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. Podle zmíněného soudu je také možné, že dotčená reklama je protiprávní na základě § 7 odst. 2 bodu 1 UWG, kterým se provádí bod 26 přílohy I směrnice 2005/29.

26. Zaprvé, pokud jde o část týkající se použití § 7 odst. 2 bodu 3 UWG, kterým se provádí čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, žádá předkládající soud Soudní dvůr o upřesnění významu pojmů „elektronická pošta“ a její „použití“ pro účely přímého marketingu.

27. K určení, zda dotčená reklama spadá pod pojem „elektronická pošta“, tento soud předně uvádí, že zpráva, která byla provozovatelem reklamního serveru přenesena v reálném čase do schránky příchozích zpráv e-mailového účtu poté, co uživatel otevřel internetovou stránku tohoto účtu prostřednictvím internetového připojení, a zobrazena na této stránce, kde si ji mohl uživatel přečíst, představují „sdělení“ ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. d) směrnice 2002/58. Podle předkládajícího soudu je dále třeba ověřit, zda lze takovou reklamní zprávu, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, považovat za „elektronickou poštu“ ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) této směrnice.

28. V tomto ohledu se zamýšlí nad otázkou týkající se pojmového znaku posílání zprávy, který je uveden v tomto ustanovení. Reklama ve složce přijatých zpráv totiž není posílána jedním uživatelem e-mailové služby jinému uživateli, ale je zobrazována reklamními servery po otevření e-mailového účtu ve schránce příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele na místech určených za tímto účelem. Pokud by byly uplatněny znaky klasického e-mailu, mohlo by to znamenat, že chybí prvek „posílání“ zprávy, a tudíž že reklamu zobrazovanou ve složce přijatých zpráv nelze považovat za „elektronickou poštu“. Předkládající soud si nicméně klade otázku, zda by vzhledem k cíli ochrany soukromí uživatelů, který je uveden v bodě 40 odůvodnění a sledován článkem 13 odst. 1 směrnice 2002/58, neměl být uplatněn spíše funkční, a nikoli technický přístup k definici pojmu „posílání“. Uvedený cíl by mohl odůvodňovat, aby byl pojem „posílání“ vykládán

nikoli na základě klasických forem elektronické komunikace, tedy ve smyslu zpráv odesílaných jedním uživatelem jinému, předem určenému uživateli, ale z funkčního hlediska, tedy ve smyslu šíření.

29. Kromě toho si předkládající soud klade otázku ohledně definice pojmu „vyzvednutí“ obsaženého v čl. 2 druhém pododstavci písm. h) směrnice 2002/58. Podle vysvětlení zmíněného soudu by z tohoto ustanovení ve spojení s bodem 27 odůvodnění téže směrnice [11] mohlo vyplývat, že vyzvednutí zprávy předpokládá úmyslné jednání příjemce, který otevřením svého e-mailového účtu projevuje vůli, aby se jeho e-maily uložené na serveru e-mailové služby zobrazily a byly mu doručeny, zatímco pokud jde o dotčenou reklamu, která je uchovávána na reklamním serveru spravovaném společností, jež reklamu šíří, stačí, aby uživatel otevřel e-mailovou službu, a zobrazí se mu reklamní banner v reálném čase, aniž by si byl uživatel internetu tohoto procesu vědom a mohl se z vlastní vůle rozhodnout, zda má zájem o jeho zobrazení, či nikoli. Stručně řečeno, vyzvednutí uvedené v čl. 2 druhém pododstavci písm. h) směrnice 2002/58 podle předkládajícího soudu předpokládá jednání ze strany uživatele, jehož cílem je přenos zprávy, a to obecně ze serveru poskytovatele služby. Uvedený soud se nicméně domnívá, že jelikož čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 stanoví ochranu uživatele proti nevyžádaným reklamním sdělením, je třeba mít za to, že otevření účtu elektronické pošty na internetu je dostačující k tomu, aby se jednalo o vyzvednutí pošty.

30. Kromě toho předkládající soud uvádí, že sporná reklama byla před zobrazením ve složce příchozích zpráv, k němuž dochází v okamžiku připojení k internetu, uchovávána na reklamním serveru, a tedy v síti. Z bodu 27 odůvodnění směrnice 2002/58 přitom podle něj nelze dovozovat, že by elektronická pošta zahrnovala pouze zprávy uchovávané na serveru samotného poskytovatele služby.

31. Předkládající soud si rovněž klade otázku, zda jde o „elektronickou poštu“ ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, pokud není zpráva zasílána určitému uživateli, který byl konkrétně určen již před přenosem, ale zobrazuje se náhodně vybraným uživatelům, jako je tomu v projednávané věci. K tomu předkládající soud uvádí, že sporná reklama byla šířena zákazníkům využívajícím bezplatnou e-mailovou službu náhodně, aniž by byla možná předchozí komunikace ohledně souhlasu zákazníka. Přitom však má za to, že z požadavku na udělení předchozího souhlasu stanoveného v tomto ustanovení nelze dovozovat, že by byly povoleny všechny formy přímého marketingu prostřednictvím komunikačních sítí, jelikož z důvodu techniky použité inzerentem není možné před zobrazením zprávy získat souhlas uživatelů e-mailové služby.

32. Předkládající soud dále považuje za nutné definovat pojem „použití“ elektronické pošty ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 a klade si otázku, zda je pro použití tohoto pojmu nutné, aby „zátěž“ [12] způsobená uživateli překračovala rámec obtěžování. V tomto ohledu zmíněný soud podotýká, že jelikož dotčená reklama měla podobu e-mailové zprávy, a byla tak viditelnější než reklama umístěná mimo složku příchozích zpráv, je obtěžování závažnější než v případě reklamy zobrazované na okraji složky příchozích zpráv a že za těchto okolností by nemusel být splněn cíl ochrany soukromí uživatelů.

[11] – V tomto bodě odůvodnění se uvádí, že „přesný okamžik ukončení přenosu sdělení, po kterém by mělo následovat vymazání provozních údajů, s výjimkou údajů pro účely účtování, může záviset na druhu elektronické komunikační služby, která je poskytována. Například […] [v] případě elektronické pošty je přenos ukončen, jakmile si adresát vyzvedne zprávu, zpravidla ze serveru svého poskytovatele služeb“.

[12] – Viz bod 40 odůvodnění směrnice 2002/58.

33. Zadruhé, pokud jde o část týkající se použití § 7 odst. 2 bodu 1 UWG, kterým se provádí bod 26 přílohy I směrnice 2005/29, má předkládající soud za to, že je nutné upřesnit pojmové znaky „nabídek“ ve smyslu tohoto ustanovení. Podle uvedeného soudu se nemůže jednat o „nabídky“, pokud je sdělení určeno široké veřejnosti. Tento pojem naopak předpokládá, že jde o reklamu zaměřenou na individuálně určeného zákazníka. V tomto ohledu se uvedený soud zamýšlí nad tím, zda k tomu, aby cílená individuální reklama splňovala pojmové znaky „nabídky“, je nutné, aby byl zákazník osloven prostřednictvím tradičního nástroje individuální komunikace mezi odesilatelem a příjemcem, například prostřednictvím telefonu, faxu nebo elektronické pošty, nebo zda postačuje, pokud – jako v projednávané věci – je individualizace dosaženo tím, že se reklama zobrazí ve složce příchozích zpráv soukromého e-mailového účtu, tedy na místě, kde zákazník očekává zprávy, které jsou určeny konkrétně jemu.

34. Předkládající soud se domnívá, že jelikož reklama umisťovaná ve složce příchozích zpráv obtěžuje uživatele podstatnějším způsobem než klasické reklamní bannery, které nemají stejnou individuální povahu, jelikož se na internetu zobrazují v částech k tomu obvykle určených, je pravděpodobně dotčen i cíl ochrany sledovaný bodem 26 přílohy I směrnice 2005/29.

35. Kromě toho jsou podle předkládajícího soudu splněny i ostatní podmínky praktiky, která je podle tohoto ustanovení zakázána. V tomto ohledu zmíněný soud uvádí, že dotyčný uživatel e-mailové služby obdržel nabídku ve formě reklamy umístěné ve složce příchozích zpráv své elektronické pošty celkem třikrát, a šlo tak o opakované, a tedy vytrvalé nabídky. Taková reklama byla podle uvedeného soudu nevyžádaná, jelikož tento uživatel výslovně sdělil společnosti eprimo svou vůli, aby mu takové reklamní zprávy, jako jsou reklamní zprávy dotčené v původním řízení, nebyly zasílány.

36. Za těchto podmínek se Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Jsou znaky pojmu ‚posílání‘ ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice [2002/58] naplněny v případě, že zprávu nezasílá uživatel služby elektronických komunikací jinému uživateli prostřednictvím podniku poskytujícího příslušné služby na elektronickou ‚adresu‘ druhého uživatele, nýbrž ji na základě otevření internetové stránky e-mailového účtu, která je chráněna heslem, na určitých místech e-mailové složky příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele, která jsou určena k tomuto účelu, automaticky zobrazí reklamní servery (dále jen ‚reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv‘)?

2) Je vyzvednutí zprávy ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice 2002/58 podmíněno tím, že příjemce poté, co se dozví o existenci zprávy, prostřednictvím záměrně zadaného požadavku na vyzvednutí iniciuje naprogramovaný přenos dat zprávy, nebo postačuje, pokud je zobrazení sdělení ve složce příchozích zpráv účtu elektronické pošty iniciováno tím, že uživatel otevře internetovou stránku svého e-mailového účtu, která je chráněna heslem?

3) Jedná se o elektronickou poštu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 i v případě, že je příslušné sdělení posíláno nikoli určitému příjemci, který byl konkrétně určen již před jeho přenosem, nýbrž se zobrazí ve složce příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele?

4) Jedná se o použití elektronické pošty pro účely přímého marketingu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58/ES pouze v případě, že se dospěje k závěru o zátěži pro uživatele, která překračuje rámec obtěžování?

5) Jedná se o individualizovanou reklamu, která splňuje podmínky ‚nabídky' ve smyslu bodu 26 první věty přílohy I směrnice [2005/29], pouze v případě, že je zákazník kontaktován za pomoci prostředku, který tradičně slouží k individuální komunikaci mezi odesílatelem a příjemcem, nebo postačuje, pokud – jako v případě reklamy dotčené v projednávané věci – je individualizace dosaženo tím, že se reklama zobrazí ve složce příchozích zpráv soukromého e-mailového účtu, a tedy na místě, kde zákazník očekává zprávy, které jsou určeny konkrétně jemu?"

37. Písemná vyjádření předložily společnosti Interactive Media a eprimo, portugalská vláda a Evropská komise. Společnosti StWL, Interactive Media a eprimo a Komise rovněž poskytly písemné odpovědi na otázky položené Soudním dvorem.

IV. Analýza

38. V tomto řízení o předběžné otázce se má Soudní dvůr vyslovit k tomu, zda – a případně za jakých podmínek – může být praktika spočívající v zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby, která je tomuto uživateli poskytována bezplatně a je financována z reklamy placené inzerenty, slučitelná s ustanoveními směrnice 2002/58 a směrnice 2005/29.

39. Jak vyplývá z bodu 26 přílohy I směrnice 2005/29, zákazem činit „[v]ytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, e-mailu nebo jiných prostředků přenosu na dálku, kromě situací a v rozsahu odůvodněném podle vnitrostátních právních předpisů za účelem vymáhání smluvních závazků" nejsou dotčena pravidla stanovená zejména ve směrnici 2002/58. V souladu s tím, co navrhuje předkládající soud, tedy posoudím nejprve otázky týkající se výkladu směrnice 2002/58 a poté otázky týkající se výkladu směrnice 2005/29.

A. K výkladu relevantních ustanovení směrnice 2002/58

40. Podstatou *první* a *druhé předběžné otázky* předkládajícího soudu k Soudnímu dvoru je, zda reklamní zpráva, která se zobrazuje ve složce přijaté pošty účtu uživatele e-mailové služby, naplňuje znaky definice pojmu „elektronická pošta" ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice 2002/58. Konkrétně se uvedený soud ptá, zda lze zprávu považovat za „poslanou" ve smyslu tohoto ustanovení, pokud není zaslána uživatelem jinému uživateli prostřednictvím poskytovatele služby na adresu tohoto druhého uživatele, ale zobrazuje se automaticky po otevření zabezpečené internetové schránky e-mailového účtu ve složce příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele. Předkládající soud pokládá rovněž otázku, zda k tomu, aby byla zpráva považována za „vyzvednutou" ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice 2002/58, je nutné, aby příjemce záměrně inicioval přenos údajů dotčené zprávy, nebo zda postačuje, pokud se tato zpráva zobrazí ve složce příchozích zpráv po otevření zabezpečené internetové schránky e-mailového účtu.

41. *Třetí a čtvrtou předběžnou otázkou* žádá předkládající soud o výklad pojmu „použití […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu" ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. Konkrétně svou třetí předběžnou otázkou se zmíněný soud ptá, zda se jedná o elektronickou poštu ve smyslu tohoto ustanovení i v případě, že je příslušné sdělení posíláno nikoli určitému příjemci, který byl konkrétně určen před přenosem, nýbrž se zobrazí ve složce příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele. Kromě toho pokládá předkládající soud otázku, zda se jedná

o použití elektronické pošty pro účely přímého marketingu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58/ES pouze v případě, že se dospěje k závěru o zátěži pro uživatele překračující rámec obtěžování.

42. Podle čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice 2002/58 je elektronická pošta definována jako „jakákoli textová, hlasová, zvuková či obrazová zpráva“. Tento prvek definice není v projednávané věci předmětem sporu a u takové reklamní zprávy, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, je zcela jistě splněn.

43. Nicméně k tomu, aby mohla být zpráva považována za „elektronickou poštu“, musí být splněny tři znaky. Zaprvé musí být tato zpráva „posílaná prostřednictvím veřejné komunikační sítě“. Zadruhé musí jít o zprávu, „kterou lze uchovávat v síti nebo v koncovém zařízení příjemce“. Zatřetí je vyžadováno, aby si tuto zprávu mohl příjemce vyzvednout.

44. Ohledně otázky, zda taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, naplňuje tyto tři znaky, ať již všechny, nebo jen některé z nich, byly předloženy dvě protichůdné teze.

45. Podle teze, že takovou zprávu nelze považovat za „elektronickou poštu“, kterou zastávají společnosti eprimo a Interactive Media, nelze mít v případě zprávy náhodně zobrazované ve složce příchozích zpráv e-mailového účtu za to, že je posílána, uchovávána a vyzvednuta, jak je požadováno v čl. 2 druhém pododstavci písm. h) směrnice 2002/58. Argumenty předložené na podporu této teze vycházejí z myšlenky, že taková zpráva nemá vlastnosti klasického e-mailu. Zaprvé podle nich není posílána jedním uživatelem druhému uživateli, ale dočasně a automaticky se zobrazuje ve složce příchozích zpráv náhodně vybraných uživatelů. Zadruhé taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, není údajně uchovávána v síti nebo v koncovém zařízení uživatele. Zatřetí podle této argumentace nedochází k vyzvednutí zprávy příjemcem, jelikož to by vyžadovalo záměrné jednání příjemce s úmyslem seznámit se s obsahem konkrétní zprávy tím, že si ji vybere.

46. Teze, podle které lze takovou reklamní zprávu, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, považovat za „elektronickou poštu“, kterou zastává předkládající soud a částečně i portugalská vláda, vychází z nutnosti uplatnit funkční výklad pojmu „elektronická pošta“, aby bylo možné dosáhnout cíle ochrany soukromí uživatelů e-mailové služby. Takový výklad znamená, že každý ze znaků tohoto pojmu musí být vykládán pružně. Reklamní zpráva šířená a zobrazovaná ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby by tak měla být podle této teze považována za „posílanou [tomuto uživateli] prostřednictvím veřejné komunikační sítě“ ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice 2002/58, a to bez ohledu na použitou technologii. Okolnost, že tato zpráva je uchovávána na reklamním serveru, a nikoli v koncovém zařízení příjemce, je postačující, jelikož takové uložení lze považovat za uchovávání „v síti“ ve smyslu téhož ustanovení. Zprávu, která se zobrazuje po otevření internetové stránky e-mailového účtu, je dále třeba považovat za vyzvednutou, jak vyžaduje uvedené ustanovení. V tomto posledním bodě není argumentace portugalské vlády tak kategorická, jelikož podle ní nemůže být reklamní zpráva zobrazená ve složce příchozí pošty takového účtu příjemcem vyzvednuta. Nicméně je tato zpráva nadále uchovávána v síti, což podle ní postačuje k tomu, aby mohla být považována za „elektronickou poštu“ ve smyslu čl. 2 druhého pododstavce písm. h) směrnice 2002/58.

47. S ohledem na argumenty, často technické, předložené na podporu každé z těchto dvou tezí se přikláním k argumentaci předkládajícího soudu ve smyslu funkčního výkladu pojmu „elektronická pošta“, podle kterého by bylo možné dospět k závěru, že taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, splňuje znaky stanovené v čl. 2 druhém pododstavci písm. h) směrnice 2002/58.

48. V každém případě mám za to, že tento pojem nelze vykládat izolovaně, ale je nutné přihlédnout k ustanovení, v němž je použit, tedy v projednávané věci k čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. V této souvislosti souhlasím s názorem společnosti StWL a Komise, že relevantním pojmem, jehož výklad je potřebný v projednávané věci, je pojem „použití […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu“ ve smyslu tohoto ustanovení. Ve své analýze se tedy zaměřím na výklad uvedeného ustanovení, přičemž zohledním jeho znění, sledovaný cíl a potřebu zajistit jeho užitečný účinek.

49. K tomu podotýkám, že článek 13 směrnice 2002/58 je nadepsán „Nevyžádaná sdělení“. S odkazem na definici pojmu „sdělení“ obsaženou v čl. 2 druhém pododstavci písm. d) této směrnice se článek 13 uvedené směrnice vztahuje na „jakoukoli informaci, která se vyměňuje nebo přenáší mezi určitým počtem zúčastněných stran prostřednictvím veřejně dostupné služby elektronických komunikací“.

50. Pokud sdělení spadá do oblasti působnosti článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58, je přípustné pod podmínkou, že byl od jeho příjemce získán předchozí souhlas. Z článku 2 druhého pododstavce písm. f) směrnice 2002/58 ve spojení s čl. 94 odst. 2 nařízení 2016/679 vyplývá, že tento souhlas musí splňovat podmínky vyplývající z čl. 2 písm. h) směrnice 95/46, respektive čl. 4 bodu 11 uvedeného nařízení, podle toho, která z uvedených norem je použitelná *ratione temporis* na skutkový stav věci v původním řízení. Pokud jde o žalobu na zdržení se protiprávní obchodní praktiky, pak vzhledem k tomu, že cílem řízení zahájeného společností StWL je, aby se společnost eprimo zdržela určitého jednání do budoucna, není vyloučeno, že je nařízení 2016/679 použitelné *ratione temporis* v rámci sporu v původním řízení, přestože skutečnosti, které byly příčinou tohoto sporu, nastaly přede dnem 25. května 2018, kdy toto nařízení vstoupilo v platnost a ke kterému byla zrušena směrnice 95/46[13]. Z uvedeného vyplývá, že musí jít přinejmenším o svobodný, výslovný a vědomý projev vůle[14].

51. Článek 13 odst. 1 směrnice 2002/58 upřesňuje, pro jaké druhy sdělení platí požadavek předchozího souhlasu jejich příjemců. Jde na jedné straně o sdělení, jejichž cílem je přímý marketing, to jest obchodní sdělení adresovaná přímo a individuálně uživatelům služeb elektronických komunikací. Na druhé straně musí být k zaslání těchto sdělení „[použity] automatické volací a komunikační systémy bez zásahu člověka (automatické volací přístroje), faximilní přístroje (faxy) nebo elektronick[á] pošt[a]“.

[13] – V tomto ohledu viz rozsudek ze dne 1. října 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, body 38 až 43), jakož i stanovisko generálního advokáta M. Szpunara ve věci Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, body 44 až 49). Viz rovněž rozsudek ze dne 11. listopadu 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, body 28 až 32).

[14] – Jak uvedl Soudní dvůr ve svém rozsudku ze dne 11. listopadu 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „[z]nění čl. 4 bodu 11 [nařízení 2016/679], který definuje ‚souhlas subjektu údajů‘ zejména pro účely čl. 6 odst. 1 písm. a) tohoto nařízení, se […] jeví ještě přísnější než znění čl. 2 písm. h) směrnice 95/46, jelikož vyžaduje ‚svobodný, konkrétní, informovaný a jednoznačný‘ projev vůle, kterým subjekt dává prohlášením či ‚jiným zjevným potvrzením‘ svolení ke zpracování svých osobních údajů. Aktivní souhlas je tedy nyní výslovně stanoven [uvedeným] nařízením“ (bod 36 a citovaná judikatura).

52. Článek 13 odst. 1 směrnice 2002/58 se tudíž obecně nevztahuje na reklamní okna zobrazovaná při prohlížení internetových stránek. Toto ustanovení se týká pouze sdělení určených k přímému marketingu, která jsou cílena přímo a individuálně na jejich příjemce s využitím určitých nástrojů elektronické komunikace, jako je elektronická pošta [15].

53. Platné znění článku 13 směrnice 2002/58 vyplývá ze směrnice 2009/136, v jehož bodě 67 odůvodnění se uvádí, že „[o]chranná opatření pro účastníky proti narušení jejich soukromí nevyžádanými sděleními, jejichž účelem je přímý marketing prostřednictvím elektronické pošty, *by se měla týkat rovněž SMS, MMS a jiných druhů podobných aplikací*“ [16]. Záměrem unijního normotvůrce tedy bylo uplatnit široké pojetí prostředků elektronické komunikace, jejichž prostřednictvím je prováděn přímý marketing a které nezahrnují pouze e-maily. Toto široké pojetí se projevuje i v bodě 40 odůvodnění směrnice 2002/58, ve kterém je zdůrazněna nutnost, aby byla „účastníkům […] poskytnuta ochranná opatření proti zásahům do jejich soukromí způsobeným nevyžádanými sděleními pro účely přímého marketingu, *zejména* prostřednictvím automatických volacích zařízení, telefaxů a elektronické pošty, včetně SMS zpráv“ [17], což kromě skutečnosti, že elektronická pošta není omezena pouze na e-maily, znamená, že uvedený výčet komunikačních prostředků je demonstrativní. Vůle unijního normotvůrce pokrýt širokou škálu sdělení zasílaných pro účely přímého marketing potvrzuje i bod 4 odůvodnění směrnice 2002/58, v němž je potvrzen cíl „[zajistit] uživatelům veřejně dostupných služeb elektronických komunikací […] stejnou úroveň ochrany osobních údajů a soukromí *bez ohledu na použité technologie*“ [18]. Tento cíl vyžaduje z technického hlediska dynamické a neutrální pojetí pojmů obsažených ve směrnici 2002/58.

54. Bez ohledu na škálu komunikačních prostředků používaných pro potřeby přímého marketingu, které spadají do oblasti působnosti článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58, považuji v situaci dotčené ve věci v původním řízení za rozhodující, že reklamní zprávy dotčené ve věci v původním řízení byly jejich příjemcům doručovány s *použitím* elektronické pošty. Shodně s Komisí uvádím, že tyto zprávy jsou zobrazovány ve složce příchozích zpráv účtu uživatele e-mailové služby, tedy na místě vyhrazeném pro elektronickou poštu *stricto sensu*, kterou představují soukromé e-maily. Odesilatel uvedených zpráv tedy využívá elektronickou poštu k oslovení spotřebitele, takže se skutečně jedná o sdělení pro účely přímého marketingu „prostřednictvím elektronické pošty“, jak je uvedeno v bodě 67 odůvodnění směrnice 2009/136, v jehož světle musí být článek 13 odst. 1 směrnice 2002/58 vykládán. Vložení takových zpráv, jako jsou zprávy dotčené ve věci v původním řízení, mezi soukromé e-maily tak musí být podle mého názoru považováno za *použití* elektronické pošty pro účely přímého marketingu, které spadá do působnosti článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58.

55. Vzhledem k tomu, že je reklama umístěna ve složce příchozích zpráv účtu uživatele e-mailové služby, umožňuje sporná reklamní praktika oslovit přímo a konkrétně tohoto uživatele v jeho soukromé sféře, kterou představuje složka příchozích zpráv zabezpečená heslem, a to s účinností, kterou považuji za srovnatelnou s účinností nevyžádané pošty (spamu). Volba umístění sporné reklamy ve složce příchozí pošty není náhodná a představuje pro účely použití článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58 podstatný rozdíl oproti reklamním bannerům, které se zobrazují na okraji a mimo seznam soukromých e-mailů. Jelikož je totiž sporná reklama umístěna na stejné úrovni

[15] – V tomto ohledu je irelevantní, jak vyplývá z rozsudku ze dne 13. června 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), že internetová e-mailová služba sama o sobě není „službou elektronických komunikací“ ve smyslu čl. 2 písm. c) směrnice 2002/21, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/140/ES ze dne 25. listopadu 2009 (Úř. věst. 2009, L 337, s. 37), jelikož nespočívá zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací.

[16] – Kurzivou zvýraznil autor tohoto stanoviska.

[17] – Kurzivou zvýraznil autor tohoto stanoviska.

[18] – Kurzivou zvýraznil autor tohoto stanoviska.

jako soukromé e-maily, věnuje jí uživatel stejnou pozornost jako těmto e-mailům. Jak správně uvedla Komise, v takovém případě hospodářské subjekty, které tuto reklamu šíří, využívají složku příchozích soukromých zpráv, a tedy zájem a důvěru, s nimiž uživatelé e-mailové služby k této složce příchozích zpráv přistupují, a dodávají tak svým reklamním zprávám znak, díky němuž se – nehledě na určité nepatrné rozdíly – podobají soukromým e-mailům. Navíc, jelikož jsou reklamní zprávy umisťovány ve složce příchozích zpráv na řádcích obvykle určených pro soukromé e-maily a podobají se jim, hrozí nebezpečí záměny těchto dvou kategorií zpráv, v jejímž důsledku může být uživatel, který klikne na řádek obsahující reklamní zprávu, proti své vůli přesměrován na internetové stránky obsahující dotčenou reklamu, místo aby se dále věnoval čtení svých soukromých e-mailů.

56. Stejně jako Komise mám za to, že i když jsou reklamní zprávy na rozdíl soukromých e-mailů zobrazovány na šedém pozadí, nezabírají žádnou úložnou kapacitu a nenabízejí funkce obvyklé u běžných e-mailů, nebrání to uznání existence zásahu do soukromí uživatelů e-mailové služby. Vzhledem k tomu, že se dotčené reklamní zprávy zobrazují ve stejném seznamu jako soukromé e-maily, a vyžadují tudíž stejnou pozornost a stejné jednání směřující k jejich zakázání jako nevyžádaná pošta (spam), je intenzita obtěžování podle mého názoru obdobná. Navíc skutečnost, že tyto zprávy nenabízejí stejné funkce jako e-maily, způsobuje další obtěžování oproti nevyžádané poště (spamu), jelikož vyžadují zvláštní zacházení, které může vést k chybám při snaze o jejich zakázání nebo k náhodným kliknutím na reklamu.

57. Stručně řečeno mám za to, že v tomto případě spočívá zásah do soukromí v použití komunikačního prostředku, v projednávané věci elektronické pošty, který je za normálních okolností určen k zasílání a přijímání soukromé korespondence. Na rozdíl od reklamních bannerů, které se zobrazují na okraji a mimo seznam soukromých e-mailů, zobrazování reklamních zpráv dotčených ve věci v původním řízení uvnitř složky příchozích zpráv, kterou uživatel považuje za soukromou sféru, ztěžuje přístup k těmto zprávám v míře a způsobem, které jsou velmi podobné jako v případě nevyžádané pošty (spamu). S ohledem na výše uvedené je tím podle mého názoru zároveň dotčen cíl ochrany uživatelů proti jakýmkoli zásahům do jejich soukromí způsobeným nevyžádanými sděleními pro účely přímého marketingu, který sleduje čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, vykládaný ve spojení s bodem 40 odůvodnění téže směrnice a bodem 67 odůvodnění směrnice 2009/136. Zásah do soukromé sféry uživatele složky příchozích zpráv elektronické pošty je tedy prokázán a z mého pohledu postačuje k tomu, aby se na techniku přímého marketingu dotčenou ve věci v původním řízení vztahoval požadavek předchozího souhlasu uživatele e-mailové služby.

58. Pokud bychom připustili, že takové reklamní zprávy, jako jsou zprávy dotčené ve věci v původním řízení, mohou být zobrazovány ve složce příchozích zpráv účtu uživatele e-mailové služby, aniž by byl vyžadován předchozí souhlas uživatele se zasíláním takových zpráv v této formě a na toto místo, byl by podle mého názoru ohrožen užitečný účinek článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58.

59. Cíl sledovaný unijním normotvůrcem, který spočívá v ochraně uživatele před neustálým zahlcováním jeho schránky přijatých zpráv nebo soukromých telefonních linek nevyžádanými obchodními zprávami nebo hovory, tudíž vyžaduje, aby byl zaručen užitečný účinek tohoto ustanovení. To znamená, že uvedené ustanovení musí být vykládáno v tom smyslu, že se vztahuje na takové reklamní zprávy, které vzhledem ke své podobnosti se soukromými e-mailovými zprávami a svému umístění v seznamu soukromých e-mailových zpráv zasahují do soukromí uživatelů e-mailové služby. Takový výklad je potřebný, jelikož jinak by bylo možné obejít požadavek předchozího souhlasu stanovený v čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 i přesto, že taková

reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, podle mého názoru nepochybně představuje přímý marketing prostřednictvím elektronického prostředku, který k šíření využívá složku příchozích zpráv obvykle určenou pouze pro soukromé e-maily, a vyvolává stejné účinky a je stejně obtěžující jako nevyžádaná pošta (spam), před níž má toto ustanovení především chránit.

60. Široký výklad oblasti působnosti článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58 je navíc potřebný i z hlediska technologické neutrality, což je další z cílů sledovaných unijním normotvůrcem, aby bylo možné postihnout nové techniky přímého marketingu.

61. V odpovědi na třetí předběžnou otázku položenou předkládajícím soudem dodávám, že okolnost, že taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, je vkládána do složky příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele, podle mého názoru nijak nebrání závěru, že jde o „použití […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu“ ve smyslu článku 13 odst. 1 směrnice 2002/58. Mám totiž, stejně jako portugalská vláda, za to, že náhodná volba nebo předchozí určení příjemce není podmínkou použitelnosti tohoto ustanovení. Jinak řečeno, je nepodstatné, zda byla dotčená reklama zaslána předem určenému a konkrétně identifikovanému příjemci, nebo zda šlo o masivní a náhodné šíření mnoha příjemcům. Podstatné je, že existuje sdělení sledující obchodní účel, které je cíleno přímo a individuálně na jednoho nebo více uživatelů e-mailové služby tím, že je vloženo do složky příchozích zpráv účtu e-mailové služby těchto uživatelů.

62. V odpovědi na čtvrtou předběžnou otázku položenou předkládajícím soudem je třeba rovněž uvést, že k tomu, aby mohl být takový způsob reklamy, jako je způsob dotčený ve věci v původním řízení, považován za „použití […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu“ ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, není nutné dospět k závěru, že zátěž pro uživatele překračuje rámec obtěžování. Z bodu 40 odůvodnění této směrnice totiž vyplývá, že požadavek na předchozí souhlas stanovený v uvedeném ustanovení je odůvodněn zejména skutečností, že nevyžádaná sdělení pro účely přímého marketingu mohou „způsobit příjemci zátěž a/nebo náklady“. Vzhledem k tomu, že taková sdělení spadají do působnosti čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, je třeba předpokládat, že způsobují příjemci zátěž, aniž by bylo nutné zkoumat, zda tato zátěž přesahuje rámec obtěžování.

63. Z výše uvedené analýzy vyplývá, že taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, spadá podle mého názoru do působnosti čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. To znamená, že přímý marketing tohoto druhu není přípustný, pokud k němu příjemce neudělil předchozí souhlas.

64. Jak jsem uvedl výše, musí být tento souhlas přinejmenším svobodný, výslovný a vědomý [19].

65. V tomto ohledu musí předkládající soud ověřit, zda byl uživatel při registraci bezplatné e-mailové adresy nebo v jiném okamžiku informován o přesném postupu, tedy že je reklama šířena v okamžiku otevření internetové stránky tohoto e-mailového účtu. Zejména je třeba zjistit, zda byl tento uživatel jasně a přesně informován, že se reklamní bannery zobrazují nejen na okraji mimo seznam soukromých e-mailů, ale také v tomto seznamu. Tyto informace musí uvedenému uživateli umožnit jednoduše rozpoznat důsledky souhlasu, který případně udělí, a zajistit, aby byl takový souhlas udělen s plnou znalostí věci [20]. Na tomto základě je třeba ověřit, zda tentýž uživatel

[19] – Viz bod 50 tohoto stanoviska.

[20] – Viz zejména rozsudek ze dne 11. listopadu 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, bod 40 a citovaná judikatura).

udělil souhlas konkrétně se způsobem reklamy dotčeným ve věci v původním řízení, tedy že výslovně souhlasil se zasíláním reklamních zpráv do složky příchozích zpráv svého e-mailového účtu [21].

66. Je pravda, že ekonomický model fungování řady poskytovatelů internetové e-mailové služby je často založen na reklamě. V tomto ohledu uživatel služeb souhlasí, že bezplatné poskytnutí této služby bude jistým způsobem vyváženo zobrazováním reklam. To však nic nemění na požadavku, podle kterého pokud je reklama zobrazována přímo ve schránce příchozích zpráv uživatele e-mailového účtu, musí k jejímu zasílání uživatel takového účtu na základě čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 udělit souhlas.

67. S ohledem na výše uvedené úvahy tudíž navrhuji Soudnímu dvoru, aby rozhodl, že čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 musí být vykládán v tom smyslu, že zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby ve formě obdobné e-mailovým zprávám a na stejném místě jako e-mailové zprávy je „použitím […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu“ ve smyslu uvedeného ustanovení, přičemž skutečnost, že tyto zprávy jsou adresovány náhodným uživatelům, je v tomto ohledu irelevantní a není ani nutné dospět k závěru, že zátěž, kterou představují pro uživatele, překračuje rámec obtěžování. Předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda uvedený uživatel udělil předchozí souhlas se zobrazováním takových zpráv ve složce příchozích zpráv svého e-mailového účtu, který byl přinejmenším svobodný, výslovný a vědomý.

B. K výkladu bodu 26 přílohy III směrnice 2005/29

68. Podstatou páté předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda musí být bod 26 přílohy I směrnice 2005/29 vykládán v tom smyslu, že zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby představuje vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím elektronické pošty.

69. Článek 5 směrnice 2005/29 v odstavci 2 stanoví kritéria umožňující určit, zda má obchodní praktika nekalou povahu, a v odstavci 4 upřesňuje, že nekalé jsou zejména obchodní praktiky, které jsou „klamavé“ ve smyslu článků 6 a 7 a „agresivní“ ve smyslu článků 8 a 9 uvedené směrnice. Článek 5 odst. 5 směrnice 2005/29 dále stanoví, že příloha I této směrnice „obsahuje výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností“. V této souvislosti bod 17 odůvodnění směrnice 2005/29 upřesňuje, že pro zajištění vyšší právní jistoty se za všech okolností považují za nekalé jen ty praktiky, které jsou uvedeny v příloze I, a není třeba provádět hodnocení jednotlivých případů podle článků 5 až 9 této směrnice [22]. Vzhledem k tomu, že příloha I směrnice 2005/29 obsahuje úplný a taxativní výčet, lze obchodní praktiku, o kterou se jedná ve věci v původním řízení, považovat za všech okolností za agresivní obchodní praktiku ve smyslu této směrnice pouze tehdy, když odpovídá některé ze situací, které jsou uvedeny v bodech 24 až 31 této přílohy [23].

[21] – Jak uvedl Soudní dvůr ve svém rozsudku ze dne 11. listopadu 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „projev vůle uvedený v čl. 2 písm. h) směrnice 95/46 a čl. 4 bodě 11 nařízení 2016/679 musí být ‚výslovný‘ v tom smyslu, že se musí konkrétně týkat zpracování dotčených údajů a nelze jej vyvodit z projevu vůle mající jiný účel“ (bod 38 a citovaná judikatura).

[22] – Viz zejména rozsudek ze dne 13. září 2018, Wind Tre a Vodafone Italia (spojené věci C-54/17 a C-55/17, EU:C:2018:710, bod 40 a citovaná judikatura).

[23] – Viz rozsudek ze dne 12. června 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, bod 25).

70. Mezi „[a]gresivní obchodní praktiky“ vyjmenované v bodě 26 této přílohy I patří „[v]ytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, e-mailu nebo jiných prostředků přenosu na dálku, kromě situací a v rozsahu odůvodněném podle vnitrostátních právních předpisů za účelem vymáhání smluvních závazků“.

71. Jak jsem již uvedl výše, taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, je cílena přímo a individuálně na uživatele e-mailové služby, jelikož se zobrazuje ve schránce příchozích zpráv účtu tohoto uživatele a je vložena mezi soukromé e-maily. Z pohledu uvedeného uživatele má tato reklamní zpráva vlastnosti e-mailu, který byl zaslán konkrétně jemu. Zmíněná zpráva tak má, jak uvádí Komise, podobný účinek jako individualizovaný přímý marketing, bez ohledu na to, zda inzerent při technické přípravě dotčené zprávy určil konkrétního příjemce a zda je s touto zprávou nakládáno z pohledu úložné kapacity a funkcí jinak než s e-maily, nebo stejně jako s nimi.

72. S ohledem na výše uvedené se domnívám, že taková reklamní zpráva, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, která má vlastnosti přímého marketingu a je šířena za tímto účelem, představuje „nabídky“ určené uživatelům e-mailové služby, jelikož je adresována přímo a konkrétně jim a zobrazuje se v místě, které je určeno pro jejich soukromé e-maily.

73. Pokud jde o vlastnosti, jež musí mít „nabídky“, aby se na ně vztahoval bod 26 přílohy I směrnice 2005/29, tedy že musí být „vytrvalé a nevyžádané“, domnívám se, že předkládající soud musí ověřit, zda jsou v rámci sporu v původním řízení tyto vlastnosti naplněny. Pro účely tohoto ověření dodávám, že zobrazování takové reklamní zprávy, jako je zpráva dotčená ve věci v původním řízení, musí být s ohledem na definici pojmu „agresivní obchodní praktika“ obsaženou v článku 8 směrnice 2005/29 dostatečně četné a pravidelné, aby je bylo možné považovat za „vytrvalé nabídky“, což zřejmě v případě zprávy, která byla zobrazena jen třikrát, neplatí. Naproti tomu by se podle mého názoru jednalo o „nevyžádané“ nabídky, pokud by se prokázalo, že uživatel e-mailové služby neudělil předchozí souhlas se zobrazováním reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv svého e-mailového účtu. Rovněž je třeba přihlédnout ke skutečnosti, že dotyčný uživatel zaslal dne 20. prosince 2016 společnosti eprimo výzvu k nápravě týkající se reklamy ze dne 12. prosince 2016, a tím této společnosti výslovně oznámil, že nemá o zasílání takové reklamy zájem.

74. S ohledem na všechny tyto skutečnosti je podle mého názoru třeba odpovědět na pátou předběžnou otázku tak, že pojem „vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím […] elektronické pošty“ ve smyslu bodu 26 přílohy I směrnice 2005/29 musí být vykládán v tom smyslu, že zahrnuje takové jednání, jako je jednání dotčené ve věci v původním řízení, které spočívá v zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby ve formě obdobné e-mailovým zprávám a na stejném místě jako e-mailové zprávy. Předkládajícímu soudu nicméně přísluší ověřit jednak, zda zobrazování těchto reklamních zpráv bylo natolik četné a pravidelné, aby je bylo možné považovat za „vytrvalé“ nabídky, a jednak, zda lze zobrazování uvedených zpráv považovat za „nevyžádané“ nabídky, s přihlédnutím k tomu, zda uživatel udělil předběžný souhlas s takovým zobrazováním, či nikoli, a ke skutečnosti, že dotyčný uživatel vznesl proti takovému reklamnímu postupu námitky.

V. Závěry

75. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky položené Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo) odpověděl následovně:

„1) Článek 13 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (směrnice o soukromí a elektronických komunikacích), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/136/ES ze dne 25. listopadu 2009, musí být vykládán v tom smyslu, že zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby ve formě obdobné e-mailovým zprávám a na stejném místě jako e-mailové zprávy je ‚použitím […] elektronické pošty pro účely přímého marketingu' ve smyslu uvedeného ustanovení, přičemž skutečnost, že tyto zprávy jsou adresovány náhodným uživatelům, je v tomto ohledu irelevantní a není ani nutné dospět k závěru, že zátěž, kterou představují pro uživatele, překračuje rámec obtěžování. Předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda uvedený uživatel udělil předchozí souhlas se zobrazováním takových zpráv ve složce příchozích zpráv svého e-mailového účtu, který byl přinejmenším svobodný, výslovný a vědomý.

2) Pojem ‚vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím […] elektronické pošty' ve smyslu bodu 26 přílohy I směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) musí být vykládán v tom smyslu, že zahrnuje takové jednání, jako je jednání dotčené ve věci v původním řízení, spočívající v zobrazování reklamních zpráv ve složce příchozích zpráv uživatele e-mailové služby ve formě obdobné e-mailovým zprávám a na stejném místě jako e-mailové zprávy. Předkládajícímu soudu nicméně přísluší ověřit jednak, zda zobrazování těchto reklamních zpráv bylo natolik četné a pravidelné, aby je bylo možné považovat za ‚vytrvalé' nabídky, a jednak, zda lze zobrazování uvedených zpráv považovat za ‚nevyžádané' nabídky, s přihlédnutím k tomu, zda uživatel udělil předběžný souhlas s takovým zobrazováním, či nikoli, a ke skutečnosti, že dotyčný uživatel vznesl proti takovému reklamnímu postupu námitky."