Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKAGENERALNEGO
JEANA RICHARDA DE LA TOURA
przedstawiona w dniu 24 czerwca 2021 r.[1]

Sprawa C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
przeciwko
eprimo GmbH,
z udziałem
Interactive Media CCSP GmbH

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2002/58/WE – Przetwarzanie danych osobowych i ochrona prywatności w sektorze łączności elektronicznej – Reklama umieszczana w skrzynce odbiorczej użytkownika poczty elektronicznej – Artykuł 2 akapit drugi lit. h) – Pojęcie „poczty elektronicznej" – Artykuł 13 ust. 1 – Pojęcie „używania poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" – Dyrektywa 2005/29/WE – Nieuczciwe praktyki handlowe – Załącznik I, pkt 26 – Pojęcie „uporczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów przez pocztę elektroniczną"

I. Wstęp

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 akapit drugi lit. h) i art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej)[2] w brzmieniu zmienionym dyrektywą 2009/136/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r.[3] (zwanej dalej „dyrektywą 2002/58") oraz pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych")[4].

[1] Język oryginału: francuski.
[2] Dz.U. 2002, L 201, s. 37.
[3] Dz.U. 2009, L 337, s. 11.
[4] Dz.U. 2005, L 149, s. 22.

2. Niniejszy wniosek został złożony w ramach sporu, jaki zaistniał pomiędzy StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (zwanym dalej „StWL") i eprimo GmbH, dwoma spółkami dostarczającymi energię elektryczną odbiorcom końcowym, w przedmiocie zgodności z przepisami krajowymi dotyczącymi nieuczciwej konkurencji praktyki reklamowej stosowanej przez Interactive Media CCSP GmbH (zwaną dalej „Interactive Media") na zlecenie eprimo, która to praktyka polegała na wyświetlaniu komunikatów reklamowych w skrzynkach odbiorczych użytkowników bezpłatnej poczty elektronicznej „T-Online".

3. Sporną w postępowaniu głównym technikę reklamy trudno jest jednoznacznie zakwalifikować, gdyż, z jednej strony, różni się od modelu technicznego e-maila, i, z drugiej strony, z punktu widzenia odbiorcy, przypomina do złudzenia niezamówione e-maile (spam), przeciwko którym jest kierowana ochrona przewidziana w szczególności w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58.

4. W niniejszej opinii zaproponuję, po pierwsze, aby Trybunał orzekł, że wykładni art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 należy dokonywać w ten sposób, że wyświetlanie w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej komunikatów reklamowych w formie zbliżonej do e-maili i w tym samym miejscu co one stanowi „[u]żywanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu tego przepisu, przy czym losowy dobór odbiorców tych reklam nie ma w tym względzie znaczenia i nie ma konieczności stwierdzenia, że obciążenie dla użytkownika wykracza poza zwykłą uciążliwość. Zadaniem sądu odsyłającego jest sprawdzenie, czy tenże użytkownik wyraził zgodę, która byłaby co najmniej konkretna, świadoma i dobrowolna oraz została udzielona przed wyświetleniem takich komunikatów reklamowych w skrzynce odbiorczej jego konta poczty elektronicznej.

5. Po drugie, będę sugerował, by Trybunał uznał, że wykładni pojęcia „uporczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów przez […] pocztę elektroniczną" w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy dokonywać w ten sposób, iż może ono obejmować takie działania jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym i polegające na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkownika poczty elektronicznej komunikatów reklamowych w formie zbliżonej do e-maili i w tym samym miejscu co one. Niemniej to zadaniem sądu odsyłającego jest zweryfikowanie, po pierwsze, czy wyświetlanie tych komunikatów reklamowych miało charakter wystarczająco częsty i regularny, by uznać je za „uporczywe namawianie", a po drugie, czy wyświetlanie wymienionych reklam można uznać za „niechciane namawianie", z uwzględnieniem tego, czy użytkownik przed wyświetleniem tej reklamy wyraził na nie zgodę, jak również sprzeciwu wyrażonego przez wymienionego użytkownika wobec takiej formy reklamy.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2002/58

6. Motywy 4 i 40 dyrektywy 2002/58 wskazują:

„(4) Dyrektywa 97/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze telekomunikacyjnym[5] przełożyła zasady ustanowione w dyrektywie 95/46/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych[6]] na zasady szczególne dla sektora telekomunikacji. Dyrektywa 97/66/WE musi zostać dostosowana do rozwoju rynków i technologii w usługach łączności elektronicznej, aby zapewnić równy poziom ochrony danych osobowych i prywatności użytkownikom dostępnych publicznie usług łączności elektronicznej, bez względu na zastosowane technologie. Ta dyrektywa powinna zatem zostać uchylona i zastąpiona niniejszą dyrektywą.

[…]

(40) Należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS. Te formy niezamówionych komunikatów handlowych mogą z jednej strony być stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu, z drugiej strony zaś mogą powodować obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy. Ponadto, w niektórych przypadkach ich pojemność może powodować również problemy w sieci łączności elektronicznej i terminalu. W przypadku takich form niezamówionych komunikatów dotyczących marketingu bezpośredniego, uzasadnione staje się wymaganie uprzedniej wyraźnej zgody odbiorcy przed wysłaniem do niego komunikatu. Jednolity rynek wymaga zharmonizowanego podejścia w celu zapewnienia prostych reguł dla przedsiębiorców i użytkowników na terenie [Unii]”.

7. Artykuł 2 dyrektywy 2002/58, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Z zastrzeżeniem innych przepisów stosuje się definicje z dyrektywy [95/46] i dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektyw[y] ramow[ej])[7].

Stosuje się również następujące definicje:

[…]

5 Dz.U. 1998, L 24, s. 1.

6 Dz.U. 1995, L 281, s. 31.

7 Dz.U. 2002, L 108, s. 33.

d) »komunikat« oznacza każdą informację wymienianą lub przekazaną między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnej łączności elektronicznej. Nie obejmuje on informacji przekazanej jako część publicznych usług nadawczych przez sieć łączności elektronicznej, z wyjątkiem zakresu, w jakim informacja może się odnosić do możliwego do zidentyfikowania abonenta lub użytkownika otrzymującego informację;

[…]

f) »zgoda« użytkownika lub abonenta odpowiada zgodzie podmiotu danych określonej w dyrektywie [95/46[8]];

[…]

h) »poczta elektroniczna« oznacza wiadomość tekstową, głosową, dźwiękową lub obrazkową wysłaną za pośrednictwem publicznej sieci łączności, która może być przechowywana w sieci lub terminalu odbiorcy do chwili jej odebrania przez odbiorcę;

[…]”.

8. Artykuł 13 dyrektywy 2002/58, zatytułowany „Komunikaty niezamówione”, przewiduje:

„1. Używanie automatycznych systemów wywołujących bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę.

2. Niezależnie od przepisów ust. 1, w przypadku gdy osoba fizyczna lub prawna otrzymuje od swoich klientów szczegółowe elektroniczne dane kontaktowe dotyczące kontaktu z nimi za pomocą poczty elektronicznej, w kontekście sprzedaży produktu lub usługi, zgodnie z dyrektywą 95/46/WE, ta sama osoba fizyczna lub prawna może używać tych szczegółowych elektronicznych danych kontaktowych na potrzeby marketingu bezpośredniego swoich własnych podobnych produktów lub usług, pod warunkiem że klienci zostali jasno i wyraźnie poinformowani o możliwości sprzeciwienia się, w prosty i wolny od opłat sposób, takiemu wykorzystywaniu elektronicznych danych kontaktowych w chwili ich pobierania oraz przy każdej okazji otrzymywania wiadomości, w przypadku klientów, którzy początkowo nie sprzeciwili się takiemu wykorzystywaniu.

3. Państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki w celu zapewnienia, aby niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego, w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2, nie były dozwolone bez zgody abonentów lub użytkowników bądź w odniesieniu do abonentów lub użytkowników, którzy nie życzą sobie otrzymywania tego typu komunikatów, przy czym wybór między tymi opcjami zostaje ustalony przez przepisy krajowe, z uwzględnieniem faktu, że obie te opcje muszą być dla abonenta lub użytkownika bezpłatne.

[8] Zgodnie z art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46 pojęcie „zgoda osoby, której dane dotyczą”, oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą, na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych”. Dyrektywa ta została uchylona ze skutkiem na dzień 25 maja 2018 r. przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. 2016, L 119, s. 1), zgodnie z którego art. 4 pkt 11 „zgoda” osoby, której dane dotyczą, oznacza „dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych”. Artykuł 94 tego rozporządzenia, zatytułowany „Uchylenie dyrektywy 95/46/WE”, w ust. 2 stanowi, że „[o]desłania do uchylonej dyrektywy należy traktować jako odesłania do niniejszego rozporządzenia […]”.

4. W każdym przypadku zakazana jest praktyka wysyłania poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego, która ukrywa lub zataja tożsamość nadawcy, w którego imieniu wysyłany jest komunikat, lub która narusza art. 6 dyrektywy 2000/31/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywy o handlu elektronicznym)[9]], oraz bez ważnego adresu, na który odbiorca może wysłać żądanie zaprzestania takich komunikatów, lub która zachęca odbiorców do odwiedzenia stron internetowych naruszających ten artykuł dyrektywy 2000/31/WE.

[…]".

2. Dyrektywa 2005/29

9. Motyw 17 dyrektywy 2005/29 stanowi:

„W celu zapewnienia większej pewności prawnej wskazane jest zidentyfikowanie tych praktyk handlowych, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach. W związku z tym załącznik I zawiera pełen wykaz tego typu praktyk. Są to jedyne praktyki handlowe, które można uznać za nieuczciwe bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9. Wykaz ten może być zmodyfikowany wyłącznie poprzez poddanie niniejszej dyrektywy przeglądowi".

10. Artykuł 5 dyrektywy 2005/29 stanowi:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2. Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej,

i

b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

[…]

4. Za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które:

a) wprowadzają błąd w rozumieniu art. 6 i 7;

lub

b) są agresywne w rozumieniu art. 8 i 9.

[9] Dz.U. 2000, L 178, s. 1.

5. Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy".

11. Artykuł 8 dyrektywy 2005/29 przewiduje:

„Praktykę handlową uznaje się za agresywną, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk, w znaczny sposób ogranicza ona lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął".

12. Załącznik I do tej dyrektywy zawiera wykaz „[p]rakty[k] handlow[ych] uznawan[ych] za nieuczciwe w każdych okolicznościach". Wśród „[a]gresywnych prakty[k] handlow[ych]" pkt 26 wskazuje „[u]porczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe. Pozostaje to bez uszczerbku dla […] dyrektyw [95/46] i [2002/58]".

B. Prawo niemieckie

13. Paragraf 3 ust. 1 i 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (niemieckiej federalnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) [10] z dnia 3 lipca 2004 r. w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym stanowi:

„1) Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2) Praktyki handlowe, które docierają do konsumentów lub do nich są kierowane, uważa się za nieuczciwe, gdy nie pozostają w zgodności z regułami staranności, której powinni dochować przedsiębiorcy, i gdy mogą one w sposób istotny wpłynąć na zachowanie gospodarcze konsumenta".

14. Paragraf 5 a ust. 6 UWG przewiduje:

„Czynu nieuczciwej konkurencji […] dopuszcza się każdy, kto nie ujawnia komercyjnego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jasno z kontekstu i jeżeli może to spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął".

15. Paragraf 7 ust. 1 i 2 UWG ma następujące brzmienie:

„1) Zabronione są praktyki handlowe powodujące niedopuszczalne uciążliwości dla uczestnika rynku. Dotyczy to w szczególności reklamy, w przypadku której jest oczywiste, że uczestnik przedmiotowego rynku jej sobie nie życzy.

[10] BGBl. 2004 I, s. 1414, zwanej dalej „UWG".

2) Należy uznać, że do niedopuszczalnych uciążliwości dochodzi zawsze:

1. w przypadku reklamy wymagającej używania środka komunikacji handlowej dostosowanego do sprzedaży na odległość niewymienionego w pkt 2 i 3 niniejszego przepisu, za pomocą której konsument jest w sposób uporczywy namawiany konsumenta, choć sobie tego w sposób oczywisty nie życzy;

[…]

3. w przypadku reklamy wykorzystującej urządzenie do wywołań automatycznych, telefaks lub pocztę elektroniczną bez uprzedniej, wyraźnej zgody odbiorcy lub

4. w przypadku reklamy emitowanej w formie wiadomości

   a) przekształcającej lub zatajającej tożsamość nadawcy, w imieniu którego wysyłany jest komunikat […]

   […]".

16. Zgodnie z § 8 UWG:

„1) Przeciwko każdemu, kto dopuszcza się zabronionej praktyki handlowej opisanej w § 3 lub 7, przysługuje roszczenie o przywrócenie do stanu poprzedniego, a w przypadku ryzyka ponowienia tych działań – roszczenie o zaniechanie. Do powstania roszczenia o zaniechanie wystarczy, jeśli tylko istnieje zagrożenie, że taka sprzeczna z § 3 lub 7 praktyka może się pojawić.

2) W przypadku dokonanych w ramach przedsiębiorstwa naruszeń popełnionych przez pracownika lub osobę upoważnioną roszczenia o zaniechanie i o usunięcie skutków niedozwolonych działań można podnieść również przeciwko właścicielowi przedsiębiorstwa.

3) Roszczenia opisane w ust. 1 przysługują:

1. każdemu konkurentowi;

[…]".

III. Spór w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne

17. StWL i eprimo są dwoma konkurencyjnymi dostawcami energii elektrycznej. Na zlecenie eprimo agencja reklamowa Interactive Media wysłała ogłoszenia reklamowe na skrzynki poczty elektronicznej użytkowników T-Online – bezpłatnej usługi poczty elektronicznej.

18. Komunikaty reklamowe zapowiadające „więcej oszczędności" z eprimo pojawiły się w prywatnej skrzynce poczty elektronicznej jednego z użytkowników T-Online, a konkretnie w jego skrzynce odbiorczej, czyli w rubryce, w której otrzymane e-maile są pokazywane w formie listy, gdzie reklamy te znalazły się wśród odebranych e-maili. W odróżnieniu od e-maili reklama oznaczona informacją „ogłoszenie" pojawiała się na szarym tle, nie zawierała daty ani nadawcy. Nie można jej było zarchiwizować lub przekazać ani również odpowiedzieć na nią za pomocą opcji przetwarzania poczty elektronicznej udostępnionych przez dostawcę usługi poczty elektronicznej. Nie była ona również uwzględniana w liczbie nieprzeczytanych e-maili i nie

zajmowała pamięci w skrzynce odbiorczej. Użytkownik ten w dniu 20 grudnia 2016 r. skierował do eprimo wezwanie dotyczące reklamy z dnia 12 grudnia 2016 r. i zarazem poinformował eprimo w sposób wyraźny, że nie chce otrzymywać takich reklam. Reklamy tego samego rodzaju pojawiły się jednak w jego skrzynce odbiorczej w dniach 13 i 15 stycznia 2017 r.

19. Komunikaty reklamowe będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym są wyświetlane w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej losowo. Z chwilą otwarcia strony internetowej powiązanej z kontem poczty do serwera reklamowego kierowane jest żądanie (AdRequest), a serwer ten następnie wysyła odpowiednie parametry do przeglądarki internetowej użytkownika, na skutek czego losowo wybrany baner reklamowy jest wyświetlany w skrzynce odbiorczej tego konta. Jeśli użytkownik ten klika na wyświetlaną reklamę, dane o wejściu są przekazywane do serwera reklamowego, który je rejestruje i przekierowuje przeglądarkę na stronę reklamodawcy.

20. W wyniku powództwa wniesionego do Landgericht Nürnberg-Fürth (sądu krajowego w Norymberdze-Fürth, Niemcy) przez StWL, który uważał taki sposób reklamy za sprzeczny z prawem konkurencji ze względu na jego niedopuszczalną uciążliwość i wprowadzanie w błąd, Landgericht Nürnberg-Fürth nakazał eprimo zaniechanie, w ramach działalności gospodarczej i w celu konkurencji związanej ze sprzedażą energii elektrycznej odbiorcom końcowym, wysyłania tego rodzaju reklamy na konto poczty elektronicznej T-Online.

21. Apelacja wniesiona do Oberlandesgericht Nürnberg (wyższego sądu krajowego w Norymberdze, Niemcy) została uwzględniona, bowiem sąd ten uznał, że zakwestionowane umieszczanie reklamy w skrzynce odbiorczej użytkownika poczty elektronicznej nie stanowiło z puntu widzenia prawa konkurencji zabronionej praktyki handlowej.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (wyższy sądu krajowy w Norymberdze) orzekł, po pierwsze, że przedmiotowa reklama nie stanowiła niedopuszczalnej uciążliwości związanej z używaniem poczty elektronicznej w rozumieniu § 7 ust. 2 pkt 3 UWG, gdyż reklamy tej nie można było uważać za pocztę elektroniczną w rozumieniu tego przepisu. W każdym razie reklama ta nie powodowała dla użytkownika usługi poczty elektronicznej obciążeń lub kosztów, które wykraczałyby poza „zwykłą" uciążliwość wywoływaną przez każdą reklamę, i nie powodowała więc niedopuszczalnej uciążliwości w rozumieniu ogólnego przepisu § 7 ust. 1 zdanie pierwsze UWG, zwłaszcza biorąc pod uwagę nieodpłatność usługi poczty elektronicznej.

23. Po drugie, sąd ten uznał, że przedmiotowa reklama nie była zabroniona w świetle § 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) UWG, ponieważ nie jest reklamą w formie wiadomości. Zdaniem tego sądu § 7 ust. 2 pkt 1 UWG również nie miał zastosowania, ponieważ wiąże się on z przyjęciem założenia, że ma miejsce „namawianie" rozumiane jako działanie dla konsumenta dokuczliwe, co nie miało miejsca w tym przypadku. Wreszcie, przedmiotowych ogłoszeń nie można uważać za nieuczciwe na tej podstawie, że wprowadzały w błąd w rozumieniu § 5a ust. 6 UWG, gdyż nie zatajały one swego reklamowego charakteru.

24. W efekcie wniesienia przez StWL skargi rewizyjnej Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) uznał, że rozstrzygnięcie przez niego kwestii istnienia roszczenia o zaniechanie przedmiotowej praktyki jest uzależnione od wykładni art. 2 akapit drugi lit. d) i h) oraz art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 i pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 oraz pojęć „poczty elektronicznej", „używania" i „namawiania".

25. Zdaniem sądu odsyłającego zarzucane eprimo działanie może bowiem być niedozwolone w zastosowaniu § 7 ust. 2 pkt 3 UWG, który stanowi transpozycję art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. Sąd odsyłający wskazuje, że należy także brać pod uwagę fakt, iż reklama ta może być niedozwolona na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 UWG, który stanowi transpozycję pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.

26. W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o część dotyczącą stosowania § 7 ust. 2 pkt 3 UWG, który transponuje art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, sąd odsyłający chciałby uzyskać od Trybunału wyjaśnienie pojęć „poczty elektronicznej" i „używania" tejże do celów marketingu bezpośredniego.

27. Sąd ten, by określić, czy przedmiotowa reklama wchodzi w zakres pojęcia „poczty elektronicznej", stwierdził przede wszystkim, że wiadomość, która została przesłana w czasie rzeczywistym przez operatora serwera reklamowego do skrzynki odbiorczej konta poczty elektronicznej w efekcie otwarcia strony internetowej poczty przez zalogowanego użytkownika i została wyświetlona na tej stronie, gdzie mogła być odczytana przez tego użytkownika, stanowi „komunikat" w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. d) dyrektywy 2002/58. Następnie sąd ten stwierdził, że należy zbadać, czy reklamę taką jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym można uznać za „pocztę elektroniczną" w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) tej dyrektywy.

28. W związku z tym sąd odsyłający nachylił się nad wspomnianym w tym przepisie kryterium wysłania wiadomości. Reklama w skrzynce odbiorczej nie jest bowiem przekazywana przez jednego użytkownika usługi poczty elektronicznej drugiemu użytkownikowi, lecz jest wyświetlana przez serwery reklamowe w następstwie wejścia na konto poczty elektronicznej w pewnych przeznaczonych do tego polach skrzynki odbiorczej wybranego w sposób losowy użytkownika. Przy zastosowaniu kryterium klasycznego e-maila nie dochodziłoby do „wysyłania" wiadomości, a w związku z tym reklamy pojawiającej się w skrzynce odbiorczej nie można by było uznać za pocztę elektroniczną. Jednak sąd odsyłający zastanawia się, czy ze względu na cel ochrony prywatności użytkownika powołany w motywie 40 dyrektywy 2002/58 i realizowany przez art. 13 ust. 1 tej dyrektywy nie należałoby przyjąć raczej funkcjonalnego niż technicznego podejścia do definicji „wysyłania". Cel ten mógłby uzasadniać przyjęcie interpretacji pojęcia „wysyłania" opartej nie na tradycyjnych formach komunikacji elektronicznej, czyli odnoszących się do wysyłania wiadomości przez danego użytkownika do innego, wcześniej zdefiniowanego, użytkownika, lecz na metodzie funkcjonalnej – odnoszącej się do rozpowszechniania.

29. Poza tym sąd odsyłający zastanawia się nad pojęciem „odebrania" zawartym w art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58. Sąd ten wyjaśnia, że z przepisu tego w związku z motywem 27 tej dyrektywy[11] mogłoby wynikać, iż odebranie wiadomości wiąże się z założeniem celowego działania odbiorcy, który, otwierając swoje konto poczty elektronicznej, ujawnia swoją wolę, by jego e-maile zgromadzone na serwerze usługi poczty elektronicznej zostały wyświetlone i mu przekazane. Tymczasem w przypadku przedmiotowych reklam, które są gromadzone na serwerze reklamowym kontrolowanym przez spółkę, która je rozpowszechnia, wystarczy, że użytkownik jedynie otworzy usługę poczty elektronicznej, by baner reklamowy wyświetlił się w czasie rzeczywistym, choćby internauta nie zdawał sobie sprawy z tego procesu, nie mogąc się wypowiedzieć poprzez wybór wyrażający jego wolę: za lub przeciw wyświetleniu tej reklamy. W sumie odebranie opisane w art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 zakładałoby

[11] Zgodnie z tym motywem „[d]okładny moment zakończenia transmisji komunikatu, po którym dane o ruchu powinny zostać usunięte, z wyjątkiem danych wykorzystywanych w celu naliczania opłat, może zależeć od rodzaju dostarczonej usługi komunikacji elektronicznej. Na przykład […] w przypadku poczty elektronicznej transmisja zostaje zakończona w chwili pobrania wiadomości przez odbiorcę, zazwyczaj z serwera usługodawcy".

dokonanie przez użytkownika czynności w celu transmisji wiadomości, co do zasady, z serwera dostawcy usług. Niemniej sąd odsyłający uważa, że art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 nakazuje chronić użytkownika przed niezamówionymi komunikatami reklamowymi i w konsekwencji uznać, że otwarcie konta poczty elektronicznej w internecie wystarczy, by doszło do ostatecznej czynności odebrania.

30. Poza tym sąd odsyłający podnosi, że sporna reklama – przed jej pobraniem do skrzynki odbiorczej, do którego doszło w efekcie zalogowania – znajdowała się na serwerze reklamowym, a więc w sieci. Zdaniem sądu odsyłającego na podstawie motywu 27 dyrektywy 2002/58 nie można wywodzić, że pojęcie „poczty elektronicznej" odnosi się jedynie do wiadomości gromadzonych na serwerze tylko samego dostawcy usług.

31. Sąd odsyłający zastanawia się również, czy „pocztą elektroniczną" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 jest wiadomość, która nie jest przesyłana do indywidualnego odbiorcy, konkretnie określonego już przed transmisją, lecz wyświetlana, tak jak w tym przypadku, losowo. Sąd odsyłający podnosi w tym względzie, że sporna reklama była przesyłana do klientów usługi bezpłatnej poczty elektronicznej losowo, bez możliwości wcześniejszego skomunikowania się z klientem w sprawie jego zgody. Niemniej sąd odsyłający uznał, że z przewidzianego przez ten przepis wymogu uprzedniego wyrażenia zgody nie można wywodzić, iż wszystkie formy marketingu bezpośredniego przez sieci łączności są dozwolone ze względu na to, iż z powodu wykorzystywanych przez reklamodawcę środków technicznych nie można uzyskać zgody użytkowników usługi poczty elektronicznej przed wyświetleniem reklamy.

32. Ponadto sąd odsyłający uważa, że należy zdefiniować pojęcie „używania" poczty elektronicznej w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, i zastanawia się, czy pojęcie to wymaga, by powodowane „obciążenie"[12] użytkownika wykraczało poza zwykle powodowaną uciążliwość. Sąd ten stwierdza w tym względzie, że, ze względu na to, iż przedmiotowa reklama wygląda na e-mail i jest z tego powodu bardziej zauważalna niż reklama znajdująca się poza skrzynką odbiorczą, uciążliwość ta jest większa niż w przypadku reklamy wyświetlanej poza skrzynką odbiorczą i że w tej sytuacji cel ochrony prywatności mógłby nie zostać osiągnięty.

33. Następnie, jeśli chodzi o część poświęconą stosowaniu § 7 ust. 2 pkt 1 UWG, który stanowi transpozycję pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29, sąd odsyłający uważa, że należy doprecyzować kryteria „namawiania" w rozumieniu tego przepisu. Zdaniem sądu odsyłającego namawianie jest wykluczone, jeśli komunikat jest adresowany do szerokiego kręgu odbiorców. Przeciwnie, namawianie wiąże się z tym, że reklama jest adresowana w ukierunkowany sposób do klienta indywidualnego. W tym względzie sąd ten zastanawia się, czy do tego, żeby ukierunkowana reklama indywidualna spełniała kryteria namawiania, konieczne jest, by kontakt z klientem został nawiązany za pomocą tradycyjnego środka komunikacji indywidualnej pomiędzy nadawcą a odbiorcą, takiego jak telefon, faks, poczta elektroniczna, czy też wystarczy, jak w tym przypadku, że łączność z użytkownikiem zostanie nawiązana poprzez wyświetlenie reklamy w skrzynce odbiorczej jego konta poczty elektronicznej, czyli w rubryce, w której spodziewa się on wpływu wiadomości, które są adresowane indywidualnie do niego.

34. Zdaniem sądu odsyłającego, ze względu na to, że reklama umieszczona w skrzynce odbiorczej powoduje dla użytkownika większą uciążliwość niż ta powodowana przez tradycyjne banery reklamowe, które, wyświetlane w przeznaczonych do tego zazwyczaj obszarach strony

[12] Zobacz motyw 40 dyrektywy 2002/58.

internetowej, nie mają tego samego indywidualnego charakteru, przypuszczalnie wchodzi również w grę cel ochrony realizowany za pomocą regulacji zawartej w pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.

35. Poza tym sąd odsyłający uważa, że spełnione zostały pozostałe przesłanki istnienia niedozwolonej praktyki zakazanej przez ten przepis. Podnosi on w tym względzie, że użytkownik usługi poczty elektronicznej był za pomocą reklamy umieszczanej w skrzynce odbiorczej jego konta poczty elektronicznej namawiany do zakupu w sumie trzykrotnie, czyli wielokrotnie, a więc w sposób uporczywy. Taka reklama nie była zamawiana, gdyż użytkownik ten wyraźnie powiadomił eprimo, że nie chce otrzymywać komunikatów reklamowych takich jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.

36. W tej sytuacji Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy kryteria pojęcia »wysłania« w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy [2002/58] są spełnione, jeżeli wiadomość jest przesyłana nie przez jednego użytkownika usługi łączności elektronicznej do innego użytkownika za pośrednictwem usługodawcy na »adres« elektroniczny drugiego użytkownika, lecz, w wyniku otwarcia chronionej hasłem strony internetowej konta poczty elektronicznej, jest automatycznie wyświetlana przez serwery reklamowe w określonych wyznaczonych do tego obszarach w skrzynce odbiorczej poczty elektronicznej losowo wybranego użytkownika (reklama w skrzynce odbiorczej)?

2) Czy odebranie wiadomości w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 wymaga, aby odbiorca po uzyskaniu informacji o istnieniu wiadomości, dając z własnej woli polecenie odebrania, wywołał określoną technicznie transmisję danych z wiadomości, czy też wystarczy, by pojawienie się wiadomości w skrzynce odbiorczej konta poczty elektronicznej zostało wywołane w ten sposób, że użytkownik otwiera zabezpieczoną hasłem stronę internetową swojego konta poczty elektronicznej?

3) Czy z pocztą elektroniczną w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 mamy do czynienia również wtedy, gdy wiadomość nie jest przesyłana do indywidualnego odbiorcy wskazanego konkretnie już przed transmisją, lecz jest wyświetlana w skrzynce odbiorczej losowo wybranego użytkownika?

4) Czy używanie poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 występuje jedynie wtedy, gdy zostanie stwierdzone obciążenie dla użytkownika wykraczające poza uciążliwość?

5) Czy reklama indywidualna w rozumieniu pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy [2005/29] spełniająca przesłanki »namawiania« występuje jedynie wtedy, gdy kontakt z klientem odbywa się za pomocą środka przekazu, który jest tradycyjnie wykorzystywany do indywidualnej komunikacji między nadawcą a odbiorcą, czy też wystarczy, by – jak w przypadku reklamy rozpatrywanej w niniejszej sprawie – indywidualna relacja powstała w ten sposób, że reklama jest wyświetlana w skrzynce odbiorczej prywatnego konta poczty elektronicznej, a zatem w obszarze, w którym klient oczekuje wiadomości kierowanych do niego indywidualnie?”.

37. Interactive Media, eprimo, rząd portugalski i Komisja przedstawiły swoje uwagi na piśmie. StWL, Interactive Media, eprimo i Komisja udzieliły na pytania postawione przez Trybunał pisemnej odpowiedzi w wyznaczonym na to terminie.

IV. Analiza

38. Niniejsze odesłanie prejudycjalne skłania Trybunał do rozstrzygnięcia kwestii, czy – a jeśli tak, to w jakich warunkach – można uważać za zgodną z odpowiednimi przepisami dyrektyw 2002/58 i 2005/29 praktyka, stosownie do której komunikaty reklamowe są wyświetlane w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej, oferowanej na rzecz tego użytkownika nieodpłatnie i finansowanej z reklam opłacanych przez reklamodawców.

39. Otóż, jak wynika z pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29, zakaz obejmujący „[u]porczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe" stosuje się bez uszczerbku dla przepisów zawartych w szczególności w dyrektywie 2002/58. Jak sugeruje to Trybunałowi sąd odsyłający, będę więc kolejno analizować kwestie dotyczące najpierw wykładni dyrektywy 2002/58, a następnie dyrektywy 2005/29.

A. W przedmiocie wykładni odpowiednich przepisów dyrektywy 2002/58

40. Poprzez swoje *pytania pierwsze i drugie* sąd odsyłający zasadniczo zwraca się do Trybunału, aby ten orzekł, czy kryteria wyczerpujące definicję „poczty elektronicznej" w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 zostały spełnione w przypadku reklamy, która wyświetla się w skrzynce odbiorczej na koncie użytkownika poczty elektronicznej. Konkretnie stawia on pytanie, czy można uważać za „wysłaną" w rozumieniu tego przepisu wiadomość, która nie jest przekazywana przez tego użytkownika innemu użytkownikowi za pośrednictwem dostawcy usług na adres elektroniczny tego drugiego użytkownika, lecz która jest wyświetlana w sposób automatyczny w skrzynce odbiorczej użytkownika wybranego losowo w następstwie otwarcia strony internetowej zabezpieczonego konta poczty elektronicznej. Sąd odsyłający stawia również pytanie, czy do tego, żeby wiadomość można było uważać za „odebraną" w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 konieczne jest, by odbiorca ten celowo zainicjował transmisję danych z przedmiotowej wiadomości, czy też wystarczy, by ta wiadomość pojawiła się w skrzynce odbiorczej w następstwie otwarcia strony internetowej zabezpieczonego konta pocztowego.

41. Poprzez swoje *pytania trzecie i czwarte* sąd odsyłający zwraca się o wykładnię pojęcia „używania poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. W szczególności stara się poprzez swoje trzecie pytanie dowiedzieć, czy mamy do czynienia z „pocztą elektroniczną" w rozumieniu tego przepisu w sytuacji, gdy wiadomość nie jest wysyłana do odbiorcy wskazanego indywidualnie przed transmisją, lecz jest umieszczana w skrzynce odbiorczej wybranego losowo użytkownika. Poza tym sąd odsyłający stawia pytanie, czy „używanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 można stwierdzić jedynie wtedy, gdy obciążenie dla użytkownika wykracza poza ramy uciążliwości.

42. Artykuł 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 definiuje „pocztę elektroniczną" jako „wiadomość tekstową, głosową, dźwiękową lub obrazkową". Ten element definicji nie budzi wątpliwości i na pewno kryterium to jest spełnione w przypadku reklamy takiej jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.

43. Niemniej jednak do tego, aby można było uznać wiadomość za „pocztę elektroniczną" w rozumieniu tego przepisu, konieczne jest spełnienie trzech innych kryteriów. Po pierwsze, wiadomość powinna być „wysłana za pośrednictwem publicznej sieci łączności". Po drugie, ustanowiony został wymóg, by taka wiadomość mogła być „przechowywana w sieci lub terminalu odbiorcy". Po trzecie, istnieje wymóg, by odbiorca mógł odebrać tę wiadomość.

44. Jeśli chodzi o kwestię tego, czy reklama taka jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, spełnia te trzy kryteria, możliwe jest przyjęcie jednego z dwóch przeciwnych stanowisk: że spełnione są wszystkie lub tylko niektóre z nich.

45. Zgodnie ze stanowiskiem, w myśl którego nie można jej uznać za „pocztę elektroniczną", prezentowanym przez eprimo i Interactive Media, reklamy, która wyświetla się w skrzynce odbiorczej konta poczty elektronicznej w sposób losowy, nie można uważać za wysłaną, przechowywaną i odebraną zgodnie z wymogami określonymi w art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58. Argumentacja przywołana na poparcie tego stanowiska bazuje na poglądzie, zgodnie z którym taka wiadomość nie posiada cech właściwych dla klasycznego e-maila. Po pierwsze, nie jest wysłana przez jednego użytkownika drugiemu, lecz została wyświetlona tymczasowo i automatycznie w skrzynce odbiorczej wybieranych losowo użytkowników. Po drugie, reklama taka jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym nie jest przechowywana w sieci lub terminalu odbiorcy. Po trzecie, reklama ta nie może być odebrana przez swojego odbiorcę, gdyż odebranie to wiąże się z założeniem celowego działania z jego strony zmierzającego do zapoznania się z konkretną wiadomością poprzez jej wybranie.

46. Stanowisko przemawiające za uznaniem reklamy takiej jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym za „pocztę elektroniczną", prezentowane przez sąd odsyłający i częściowo przez rząd portugalski, bazuje natomiast na potrzebie uwzględnienia funkcjonalnej wykładni pojęcia „poczty elektronicznej", by osiągnąć cel ochrony prywatności użytkowników usług poczty elektronicznej. Przyjęcie takiej wykładni powoduje, że każde z kryteriów tego pojęcia należy oceniać w sposób elastyczny. Zatem, niezależnie od użytej technologii, reklamę, która jest rozpowszechniana i wyświetlana w skrzynce odbiorczej konta użytkownika usługi poczty elektronicznej, należy uważać za „wysłaną [do niego] za pośrednictwem publicznej sieci łączności" w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58. Okoliczność, że taka wiadomość jest przechowywana na serwerze reklamowym, a nie w terminalu odbiorcy, jest w tym względzie wystarczająca, gdyż można stwierdzić, że chodzi tu o przechowywanie „w sieci" w rozumieniu tego przepisu. Ponadto taką wiadomość, która jest wyświetlana z chwilą otwarcia strony internetowej konta poczty elektronicznej, należy uważać za odebraną, zgodnie z ustanowionym w tym przepisie wymogiem. Jeśli chodzi o tę ostatnią kwestię, stanowisko rządu portugalskiego jest mniej kategoryczne, gdyż rząd ten wychodzi z założenia, że reklamy wyświetlonej w skrzynce odbiorczej takiego konta pocztowego nie można uważać za odebraną przez swojego odbiorcę. Niemniej jednak, ponieważ reklama ta nadal jest przechowywana w sieci, zdaniem rządu portugalskiego wystarcza to do uznania jej za „pocztę elektroniczną" w rozumieniu przepisu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58.

47. Po wysłuchaniu często technicznych argumentów powoływanych na poparcie każdego z tych dwóch stanowisk przychylam się do przedstawionej przez sąd odsyłający argumentacji zmierzającej do przyjęcia wykładni funkcjonalnej pojęcia „poczty elektronicznej", co może prowadzić do wyciągnięcia wniosku, że reklama taka jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym spełnia kryteria przewidziane w art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58.

48. W każdym razie sądzę, że wykładni tego pojęcia nie można dokonywać w abstrakcji, lecz należy wziąć pod uwagę przepis, w którym zostało ono użyte, czyli w tym wypadku przepis art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. W tym zakresie podzielam pogląd StWL i Komisji, dochodząc do wniosku, że istotnym pojęciem, którego wykładni należy dokonać w niniejszej sprawie, jest „używanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu tego przepisu. Skoncentruję się więc w swoich rozważaniach na wykładni tegoż przepisu, biorąc pod uwagę jego brzmienie, cel i konieczność zapewnienia jego skuteczności (effet utile).

49. Pragnę zauważyć w tym względzie, że art. 13 dyrektywy 2002/58 nosi tytuł: „Komunikaty niezamówione". Jeśli uwzględnić definicję „komunikatu" zawartą w art. 2 akapit drugi lit. d) tej dyrektywy, to art. 13 tej dyrektywy powinien być stosowany do „każd[ej] informacj[i] wymienian[ej] lub przekazan[ej] między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnej łączności elektronicznej".

50. Jeżeli komunikat wchodzi w zakres zastosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, jest dozwolony pod warunkiem uzyskania wcześniejszej zgody ze strony jego odbiorcy. Z art. 2 akapit drugi lit. f) dyrektywy 2002/58 w związku z art. 94 ust. 2 rozporządzenia 2016/679 wynika, że zgoda ta powinna spełniać wymogi wynikające z art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46 lub też z art. 4 pkt 11 tego rozporządzenia w zależności od tego, czy ratione temporis do okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym znajdzie zastosowanie pierwszy, czy drugi z tych przepisów. Odnośnie do roszczenia o zaniechanie niedozwolonej praktyki handlowej, przy założeniu, że postępowanie wszczęte przez StWL zmierza do spowodowania zaniechania takiego działania przez eprimo w przyszłości, nie można wykluczyć, że rozporządzenie 2016/679 znalazłoby zastosowanie ratione temporis w ramach sporu w postępowaniu głównym, choć okoliczności będące podstawą tego sporu miały miejsce przed dniem 25 maja 2018 r., czyli dniem, od którego stosuje się to rozporządzenie, ponieważ dyrektywa 95/46 została uchylona ze skutkiem na ten sam dzień [13]. Chodzi zatem o oświadczenie woli, które powinno być co najmniej dobrowolne, konkretne i świadome [14].

51. W art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 określono, do jakiego rodzaju komunikatów ma zastosowanie wymóg uprzedniej zgody ze strony ich odbiorców. Chodzi tu, po pierwsze, o komunikaty, których celem jest marketing bezpośredni, czyli komunikaty o celu handlowym, kierowane bezpośrednio i indywidualnie do użytkowników usług łączności elektronicznej. Po

[13] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 1 października 2019 r., Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, pkt 38–43); opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, pkt 44–49). Zobacz również wyrok z dnia 11 listopada 2020 r., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, pkt 28–32).

[14] Jak wskazał Trybunał w swoim wyroku z dnia 11 listopada 2020 r., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „brzmienie art. 4 pkt 11 rozporządzenia [2016/679], który definiuje »zgodę osoby, której dane dotyczą«, do celów [tego rozporządzenia] […], wydaje się bowiem jeszcze bardziej rygorystyczne niż brzmienie art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46, gdyż przepis ten wymaga »dobrowolnego, konkretnego, świadomego i jednoznacznego« wyrażenia woli przez osobę, której dane dotyczą, w postaci oświadczenia lub »wyraźnego działania potwierdzającego«, oznaczającego zgodę tej osoby na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych. Czynna zgoda jest zatem obecnie wyraźnie przewidziana w rozporządzeniu 2016/679" (pkt 36 i przytoczone orzecznictwo).

drugie, komunikaty te mają docierać do nich dzięki „[u]żywani[u] automatycznych systemów wywołujących i systemów łączności bez ludzkiej ingerencji (automatyczne urządzenia wywołujące), faksów lub poczty elektronicznej".

52. Artykuł 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 nie ma więc generalnie zastosowania do banerów reklamowych, które mogą pojawiać się w czasie przeglądania stron internetowych. Przepis ten dotyczy wyłącznie komunikatów mających na celu marketing bezpośredni, które docierają bezpośrednio i indywidualnie do swoich odbiorców za pomocą określonych kanałów komunikacji elektronicznej, takich jak poczta elektroniczna [15].

53. Obecne brzmienie art. 13 dyrektywy 2002/58 wynika z dyrektywy 2009/136, w której motywie 67 wskazano, że „[u]dostępniane abonentom środki ochrony przed naruszeniem ich prywatności przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego rozsyłane pocztą elektroniczną *powinny mieć również zastosowanie do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji*" [16]. Prawodawca Unii chciał więc zachować szeroko rozumianą koncepcję środków komunikacji elektronicznej, za pomocą których prowadzony jest marketing bezpośredni, wykraczającą poza same e-maile. Ta szeroka koncepcja znajduje swój wyraz w motywie 40 dyrektywy 2002/58, w którym podkreślona została konieczność zapewnienia „środków zabezpieczających abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego, *w szczególności* przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS" [17], co pozwala sądzić, oprócz tego, że poczta elektroniczna nie ogranicza się do samych e-maili, iż ten wykaz wymienionych środków komunikacji nie ma charakteru wyczerpującego. Za istnieniem po stronie prawodawcy Unii woli uwzględnienia szerokiego spektrum komunikatów wysyłanych do celów marketingu bezpośredniego przemawia również brzmienie motywu 4 dyrektywy 2002/58, w którym potwierdzony został cel polegający na tym, aby „zapewnić równy poziom ochrony danych osobowych i prywatności użytkownikom dostępnych publicznie usług łączności elektronicznej *bez względu na zastosowane technologie*" [18]. Cel ten wiąże się z przyjęciem dynamicznej i neutralnej z punktu widzenia technicznego koncepcji pojęć znajdujących się w dyrektywie 2002/58.

54. Jakkolwiek szeroki byłby zakres środków komunikacji używanych do celów marketingu bezpośredniego, objętych stosowaniem art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, w okolicznościach będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym rozstrzygająca wydaje się okoliczność, że sporne w postępowaniu głównym komunikaty reklamowe docierają do swoich odbiorców przy *użyciu* poczty elektronicznej. Podobnie jak Komisja podkreślam, że te reklamy pojawiają się w skrzynce odbiorczej konta użytkownika usługi poczty elektronicznej, czyli w miejscu normalnie zastrzeżonym dla poczty elektronicznej sensu stricto, którą stanowią prywatne e-maile. Nadawca tych reklam posługuje się więc pocztą elektroniczną, aby dotrzeć do konsumenta, zatem chodzi tu o komunikaty do celów marketingu bezpośredniego „rozsyłane pocztą elektroniczną" zgodnie z tym, co wskazuje motyw 67 dyrektywy 2009/136, w świetle którego należy dokonywać wykładni art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. Umieszczanie reklam,

[15] Nie ma znaczenia w tym względzie, że, jak wynika z wyroku z dnia 13 czerwca 2019 r., Google (C-193/18, EU:C:2019:498), usługa internetowej poczty elektronicznej w zakresie, w jakim nie polega całkowicie lub głównie na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, nie stanowi sama w sobie „usługi łączności elektronicznej" w rozumieniu przepisu art. 2 lit. c) dyrektywy 2002/21 w brzmieniu zmienionym dyrektywą 2009/140/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. 2009, L 337, s. 37).

[16] Wyróżnienie własne.

[17] Wyróżnienie własne.

[18] Wyróżnienie własne.

takich jak będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, w wykazie prywatnych e-maili należy więc według mnie uznać za *używanie* poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego, które wchodzi w zakres stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58.

55. Z racji swojego umiejscowienia w ramach skrzynki odbiorczej konta użytkownika usługi poczty elektronicznej sporna praktyka reklamowa pozwala na dotarcie bezpośrednio i indywidualnie do tego użytkownika w sferze prywatności, jaką stanowi taka skrzynka odbiorcza, do której dostęp jest chroniony hasłem, i to ze skutecznością, która wydaje mi się porównywalna do skuteczności niezamówionych e-maili (spamu). Wybór skrzynki odbiorczej jako umiejscowienia spornej reklamy nie jest przypadkowy i znacząco odróżnia ją, z punktu widzenia stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, od banerów reklamowych oddzielonych od listy prywatnych e-maili pojawiających się na jej marginesie. Ukazując się na tym samym poziomie co prywatne e-maile, sporna reklama korzysta bowiem z tej samej uwagi, jaką użytkownik poświęca e-mailom. Jak słusznie podnosi Komisja, w takim przypadku podmioty gospodarcze współdziałające przy rozpowszechnianiu tej reklamy, nadając swoim komunikatom reklamowym wygląd, który, mimo pewnych drobnych różnic, jest zbliżony do wyglądu prywatnych e-maili, wykorzystują przeznaczoną na prywatne maile skrzynkę odbiorczą oraz zainteresowanie i zaufanie, jakim użytkownicy usługi poczty elektronicznej obdarzają swoją skrzynkę odbiorczą. Poza tym ze względu na to, że komunikaty reklamowe zajmują te obszary skrzynki odbiorczej, które są normalnie zastrzeżone dla prywatnych e-maili, i ze względu na ich podobieństwo do nich istnieje ryzyko pomylenia obu rodzajów wiadomości, co może doprowadzić użytkownika, który kliknąłby na pozycję w skrzynce odbiorczej odpowiadającej reklamie, do tego, że zostałby przekierowany wbrew swojej woli na stronę internetową prezentującą przedmiotową reklamę, zamiast kontynuować przeglądanie swoich prywatnych e-maili.

56. Podobnie jak Komisja uważam, iż okoliczność polegająca na tym, że, w odróżnieniu od prywatnych e-maili, reklama ta wyświetla się na szarym tle, nie zajmuje pamięci w skrzynce i nie ma zwykłych funkcji charakterystycznych dla e-maili, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu naruszenia prywatności użytkowników usługi poczty elektronicznej. Skoro komunikaty reklamowe będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, pojawiając się na tej samej liście co prywatne e-maile, wymagają tej samej uwagi i tej samej czynności dla ich usunięcia co e-maile niezamówione (spam), stopień ich uciążliwości wydaje się podobny. Poza tym z racji tego, że reklamy te nie posiadają tych samych funkcji co e-maile, stanowi to czynnik, który przesądza o dodatkowej uciążliwości w porównaniu z niezamówionymi e-mailami (spamem) ze względu na to, że specyficzne traktowanie, którego reklamy te wymagają, może spowodować pomyłki w czasie ich usuwania lub przypadkowe kliknięcia na reklamę.

57. Reasumując, wydaje się, że cechą charakterystyczną naruszenia prywatności jest w tej sytuacji używanie środka komunikacji, w tym przypadku poczty elektronicznej, który normalnie jest zastrzeżony dla wysyłania i odbioru prywatnej korespondencji. W przeciwieństwie do banerów reklamowych oddzielonych od listy prywatnych e-maili pojawiających się na jej marginesie obecność będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym komunikatów reklamowych wewnątrz skrzynki odbiorczej prywatnych e-maili, którą użytkownik postrzega jako należącą do jego sfery prywatności, utrudnia dostęp do nich w podobnym stopniu i w sposób bardzo zbliżony do tego, co dzieje się w przypadku niezamówionych e-maili (spamu). Co za tym idzie, według mnie, dochodzi w ten sposób do podważenia celu, jaki stawia sobie art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 w świetle jej motywu 40 oraz motywu 67 dyrektywy 2009/136, polegającym na zabezpieczeniu użytkowników przed ingerencją w ich prywatność przez kierowanie niezamówionych komunikatów do celów marketingu bezpośredniego. Wkroczenie w sferę prywatności poprzez używanie skrzynki odbiorczej poczty elektronicznej jest zatem bezsporne

i moim zdaniem jest wystarczającym powodem, by technikę marketingu bezpośredniego, będącą przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, poddać wymogowi uzyskania uprzedniej zgody ze strony użytkownika usługi poczty elektronicznej.

58. Moim zdaniem skuteczność (effet utile) art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 zostałaby osłabiona, gdyby dopuszczona została możliwość pojawiania się komunikatów reklamowych, takich jak będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, w skrzynce odbiorczej konta użytkownika usługi poczty elektronicznej bez jego uprzedniej zgody na otrzymywanie takich wiadomości w tej formie i w tym umiejscowieniu.

59. Cel, do którego dąży prawodawca Unii i który polega na zapewnieniu ochrony użytkownika przed permanentnym nasyceniem jego skrzynek odbiorczych lub jego prywatnych linii telefonicznych niezamawianymi wiadomościami lub połączeniami telefonicznymi o komercyjnym charakterze, wiąże się zatem z obowiązkiem zagwarantowania skuteczności tego przepisu. W związku z powyższym wykładni tego przepisu należy dokonywać w ten sposób, że dotyczy on komunikatów reklamowych, które, ze względu na swoje podobieństwo do prywatnego e-maila i ich umiejscowienie w wykazie prywatnych e-maili, stanowią ingerencję w prywatność użytkowników usług poczty elektronicznej. Taką wykładnię należy przyjąć, aby uniknąć sytuacji, w której stawiany przez art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 wymóg uzyskania uprzedniej zgody mógłby być obchodzony, choć komunikat reklamowy, taki jak ten będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, stanowi według mnie niezaprzeczalnie czynność marketingu bezpośredniego realizowanego drogą elektroniczną, w ramach której do celu rozpowszechniania używana jest skrzynka odbiorcza normalnie przeznaczona tylko na prywatne e-maile, która to czynność powoduje takie same skutki i taką samą uciążliwość co niezamówiony e-mail reklamowy (spam), którego zwalczanie stanowi jeden z głównych celów tego przepisu.

60. Poza tym ze względu na cel neutralności technologicznej, do którego również dąży prawodawca Unii, jak wskazałem to wcześniej, kluczowe jest przyjęcie szerokiej wykładni zakresu stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, aby objąć nim nowe techniki marketingu bezpośredniego.

61. Odpowiadając na trzecie z postawionych przez sąd odsyłający pytań prejudycjalnych, pragnę dodać, że okoliczność, iż reklama taka jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym jest umieszczana w skrzynce odbiorczej użytkownika wybranego losowo, nie stoi, moim zdaniem, w żaden sposób na przeszkodzie stwierdzeniu, że ma miejsce „używanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. Podobnie bowiem jak rząd portugalski sądzę, że losowy czy też wcześniej określony wybór odbiorcy nie stanowi przesłanki stosowania tego przepisu. Inaczej mówiąc, mało istotne jest, czy przedmiotowa reklama jest kierowana do odbiorcy wcześniej określonego i indywidualnie skonkretyzowanego, czy też chodzi o masowe i losowe rozpowszechnianie jej wśród licznych odbiorców. Istotne jest natomiast, że zawiera ona komunikat o celu marketingowym, który dociera bezpośrednio i indywidualnie do jednego lub wielu użytkowników usługi poczty elektronicznej w ten sposób, że jest umieszczany w skrzynce odbiorczej na koncie poczty elektronicznej tych użytkowników.

62. W odpowiedzi na czwarte pytanie postawione przez sąd odsyłający należy również wskazać, że dla uznania, iż działania reklamowe, takie jak będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, stanowią „używanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, nie jest konieczne stwierdzenie, że obciążenie dla użytkownika wykracza poza zwykłą uciążliwość. Otóż jak wynika z motywu 40 tej dyrektywy,

stawiany w tym przepisie wymóg uzyskania uprzedniej zgody jest uzasadniony w szczególności tym, że niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego „mogą powodować obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy". Zatem skoro takie komunikaty są objęte zakresem stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, należy domniemywać, że powodują obciążenie dla ich odbiorcy, bez konieczności określania, czy to obciążenie wykracza poza zwykłą uciążliwość.

63. Z poprzednich rozważań wynika, że reklama, taka jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, jest moim zdaniem objęta zakresem stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. W konsekwencji tego rodzaju czynność marketingu bezpośredniego jest dozwolona tylko wtedy, gdy jej odbiorca wyraził na nią wcześniej zgodę.

64. Jak to już wcześniej wskazałem, powinna to być zgoda co najmniej konkretna, świadoma i dobrowolna [19].

65. W tym względzie sąd odsyłający powinien zbadać, czy podczas procesu rejestracji bezpłatnego adresu poczty elektronicznej lub w jakimkolwiek innym momencie użytkownik został poinformowany o szczegółowych zasadach, zgodnie z którymi ta reklama jest rozpowszechniana z chwilą otwarcia strony internetowej konta tej poczty. W szczególności należy upewnić się, czy użytkownik ten został powiadomiony w sposób jasny i precyzyjny, że reklamy są wyświetlane jako banery nie tylko w oddzieleniu od wykazu prywatnych e-maili na jego marginesie, ale również w samym tym wykazie. Taka informacja powinna pozwolić użytkownikowi na łatwe określenie skutków zgody, której mógłby udzielić, i gwarantowałaby, że zgoda ta została udzielona w pełni świadomie [20]. Na tej podstawie należy zbadać, czy tenże użytkownik wyraził zgodę konkretnie na zabieg reklamowy będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, co oznacza, że użytkownik ten musiałby zgodzić się w sposób wyraźny na otrzymywanie reklam do skrzynki odbiorczej swojego konta poczty elektronicznej [21].

66. Niewątpliwie model ekonomiczny, na którym bazuje pewna liczba dostawców usług poczty elektronicznej, opiera się często na reklamie. Z tego powodu użytkownik takich usług przyzwala, by nieodpłatność usługi była w pewien sposób rekompensowana poprzez wyświetlanie reklam. Nie wpływa to jednak na wymóg, zgodnie z którym takie przyzwolenie na reklamę powinno na podstawie art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 przybrać postać wyrażonej przez użytkownika tego konta zgody, jeśli ta reklama pojawia się w samej skrzynce odbiorczej konta poczty elektronicznej.

67. Uwzględniając powyższe uwagi, proponuję, aby Trybunał udzielił sądowi odsyłającemu odpowiedzi, że wykładni art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 należy dokonywać w ten sposób, że wyświetlanie w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej komunikatów reklamowych w formie zbliżonej do e-maili i w tym samym umiejscowieniu co one stanowi „używanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu tego przepisu, przy czym losowe określenie odbiorców tych reklam jest w tym względzie pozbawione znaczenia, podobnie jak nie ma wymogu stwierdzenia, że obciążenie dla użytkownika wykracza poza zwykłą uciążliwość. Zadaniem sądu odsyłającego jest sprawdzenie, czy przed wyświetleniem takich komunikatów reklamowych w skrzynce odbiorczej użytkownika konta poczty elektronicznej tenże wyraził zgodę, która byłaby co najmniej konkretna, świadoma i dobrowolna.

[19] Zobacz pkt 50 niniejszej opinii.

[20] Zobacz w szczególności wyrok z dnia 11 listopada 2020 r., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, pkt 40 i przytoczone orzecznictwo).

[21] Jak wskazał Trybunał w swoim wyroku z dnia 11 listopada 2020 r., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46 i art. 4 pkt 11 rozporządzenia 2016/679 wymagają, aby wyrażenie woli było »konkretne«, co oznacza, że musi ono odnosić się dokładnie do określonego przetwarzania danych i nie może zostać wywnioskowane z treści wyrażenia woli mającego inny cel" (pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo).

B. W przedmiocie wykładni pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29

68. Poprzez swoje piąte pytanie sąd odsyłający zasadniczo zmierza do ustalenia, czy wykładni pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy dokonywać w ten sposób, że wyświetlanie reklam w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej stanowi niechciane i uporczywe namawianie.

69. Artykuł 5 dyrektywy 2005/29 ustanawia w swoim ust. 2 kryteria pozwalające określić, czy dana praktyka ma charakter nieuczciwy, i precyzuje w ust. 4, że za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które „wprowadzają błąd" w rozumieniu art. 6 i 7 tej dyrektywy, i te, które są „agresywne" w rozumieniu art. 8 i 9 wymienionej dyrektywy. Artykuł 5 ust. 5 dyrektywy 2005/29 stanowi poza tym, że załącznik I do tej dyrektywy „zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach". Motyw 17 dyrektywy 2005/29 wyjaśnia w tym względzie, że, w celu zapewnienia większej pewności prawnej, jedynie praktyki handlowe wymienione w załączniku I można uznać za nieuczciwe w każdych okolicznościach, bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9 wymienionej dyrektywy [22]. Skoro wykaz zawarty w załączniku I do dyrektywy 2005/29 jest pełny i wyczerpujący, praktykę handlową będącą przedmiotem postępowania głównego można uznać za agresywną praktykę handlową w każdych okolicznościach w rozumieniu tej dyrektywy tylko pod warunkiem, że odpowiada ona jednej z sytuacji wymienionych w pkt 24–31 tego załącznika [23].

70. Pośród „[a]gresywn[ych] prakty[k] handlow[ych]" opisanych w tym pkt 26 załącznika I wymienione jest „uporczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe".

71. Jak wskazałem wcześniej, reklama taka jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym dociera do użytkownika poczty elektronicznej bezpośrednio i indywidualnie, ponieważ pojawia się w skrzynce odbiorczej jego konta, umieszczona pomiędzy jego prywatnymi e-mailami. Z punktu widzenia tego użytkownika reklama ta wygląda na e-maila, który został mu indywidualnie wysłany. Tym samym, jak wskazuje Komisja, efekty takiej reklamy są więc podobne do efektów zindywidualizowanego marketingu bezpośredniego bez względu na to, czy reklamodawca, przygotowując technicznie przedmiotową wiadomość, zindywidualizował tego konkretnego odbiorcę, i bez względu na to, czy ta wiadomość jest traktowana, w kategoriach ilości zajmowanej pamięci czy posiadanych funkcji, inaczej niż e-maile.

72. Uważam więc, że reklama, taka jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, która posiada właściwości charakterystyczne dla zabiegów marketingu bezpośredniego i która w tym celu jest rozpowszechniana, stanowi „namawianie" użytkowników usług poczty elektronicznej, ponieważ jest kierowana do nich bezpośrednio i indywidualnie w przestrzeni zarezerwowanej dla ich prywatnych e-maili.

73. Jeśli chodzi o cechy, jakie musi prezentować „namawianie", by dotyczył go pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29, czyli o to, że powinno ono być „uporczywe" i „niechciane", uważam, że to sąd odsyłający winien zweryfikować, czy cechy te występują w ramach postępowania głównego. Do celów tej weryfikacji pragnę wyjaśnić, że wyświetlanie reklam, takich

[22] Zobacz zwłaszcza wyrok z dnia 13 września 2018 r., Wind Tre i Vodafone Italia (C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:710, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

[23] Zobacz wyrok z dnia 12 czerwca 2019 r., Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, pkt 25).

jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, w kontekście przedstawionej w art. 8 dyrektywy 2005/29 definicji tego, co jest agresywną praktyką handlową, powinno być wystarczająco częste i regularne, by uznać je za „uporczywe namawianie", który to warunek nie wydaje się spełniony w przypadku reklamy, która pojawiła się tylko trzy razy. Natomiast sądzę, że o namawianie „niechciane" chodziłoby w przypadku, gdyby zostało ustalone, że użytkownik usług poczty elektronicznej nie wyraził swojej zgody przed wyświetleniem reklam w skrzynce odbiorczej konta jego poczty elektronicznej. Należy wziąć również pod uwagę, że użytkownik ten w dniu 20 grudnia 2016 r. skierował do eprimo wezwanie w sprawie reklamy z 12 grudnia 2016 r. i w ten sposób wyraźnie poinformował to przedsiębiorstwo, że nie chce otrzymywać tego rodzaju reklam.

74. Biorąc pod uwagę wszystkie te okoliczności, według mnie na piąte pytanie należy udzielić odpowiedzi, że wykładni pojęcia „uporczywego i niechcianego namawiania [do zakupu produktów] przez […] pocztę elektroniczną" w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy dokonywać w ten sposób, iż może ono obejmować takie działania jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, polegające na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej komunikatów reklamowych w formie zbliżonej do e-maili i w tym samym umiejscowieniu co te maile. Niemniej to zadaniem sądu odsyłającego jest zweryfikowanie, po pierwsze, czy wyświetlanie tych komunikatów reklamowych miało charakter wystarczająco częsty i regularny, by można było uznać je za „uporczywe namawianie", i, po drugie, czy wyświetlanie wymienionych reklam można uznać za „niechciane namawianie", z uwzględnieniem tego, czy użytkownik przed wyświetleniem tej reklamy wyraził na nie zgodę, oraz biorąc pod uwagę sprzeciw wyrażony przez wymienionego użytkownika wobec takiej formy reklamy.

V. Wnioski

75. Biorąc powyższe pod uwagę, proponuję Trybunałowi, by na pytania przedstawione przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) odpowiedział następująco:

1) Artykuł 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej) w brzmieniu zmienionym dyrektywą 2009/136/WE Parlamentu europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r. należy interpretować w ten sposób, że wyświetlanie w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi poczty elektronicznej komunikatów reklamowych w formie zbliżonej do e-maili i w tym samym umiejscowieniu co one stanowi „używanie […] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego" w rozumieniu tego przepisu, przy czym losowe określenie odbiorców tych reklam jest w tym względzie pozbawione znaczenia, podobnie jak nie ma wymogu stwierdzenia, że obciążenie dla użytkownika wykracza poza zwykłą uciążliwość. Zadaniem sądu odsyłającego jest sprawdzenie, czy przed wyświetleniem takich komunikatów reklamowych w skrzynce odbiorczej użytkownika konta poczty elektronicznej tenże wyraził zgodę, która byłaby co najmniej konkretna, świadoma i dobrowolna.

2) Pojęcie „uporczywego i niechcianego namawiania [do zakupu produktów] przez […] pocztę elektroniczną" w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy interpretować w ten sposób, że może ono obejmować takie działania jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, polegające na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkownika poczty elektronicznej komunikatów reklamowych w formie zbliżonej do e-maili i w tym samym umiejscowieniu co te maile. Niemniej to zadaniem sądu odsyłającego jest

zweryfikowanie, po pierwsze, czy wyświetlanie tych komunikatów reklamowych miało charakter wystarczająco częsty i regularny, by na było uznać je za „uporczywe namawianie", i, po drugie, czy wyświetlanie wymienionych reklam można uznać za „niechciane namawianie", z uwzględnieniem tego, czy użytkownik przed wyświetleniem tej reklamy wyraził na nią zgodę, oraz biorąc pod uwagę sprzeciw wyrażony przez wymienionego użytkownika wobec takiej formy reklamy.