Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
JEANA RICHARDA DE LA TOURA,
predstavljeni 24. junija 2021 [1]

Zadeva C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
proti
eprimo GmbH,
ob udeležbi
Interactive Media CCSP GmbH

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija))

„Predhodno odločanje – Direktiva 2002/58/ES – Obdelava osebnih podatkov in varstvo zasebnosti na področju elektronskih komunikacij – Oglasno sporočilo, prikazano v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte – Člen 2, drugi odstavek, točka (h) – Pojem ‚elektronska pošta' – Člen 13(1) – Pojem ‚uporaba elektronske pošte za namene neposrednega trženja' – Direktiva 2005/29/ES – Nepoštene poslovne prakse – Priloga I, točka 26 – Pojem ‚vztrajno in nezaželeno nagovarjanje po elektronski pošti'"

I. Uvod

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 2, drugi odstavek, točka (h), in člena 13(1) Direktive 2002/58/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (Direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah), [2] kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/136/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 [3] (v nadaljevanju: Direktiva 2002/58) in Priloge I, točka 26, k Direktivi Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah). [4]

2. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbama StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (v nadaljevanju: StWL) in eprimo GmbH – družbama, ki končnim odjemalcem dobavljata električno energijo – glede združljivosti oglaševanja, ki ga je družba Interactive Media CCSP

[1] Jezik izvirnika: francoščina.

[2] UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 514.

[3] UL 2009, L 337, str. 11, in popravek v UL 2013, L 241, str. 9,

[4] UL 2005, L 149, str. 22.

GmbH (v nadaljevanju: Interactive Media) izvedla na prošnjo družbe eprimo in ki je obsegalo prikaz oglasnih sporočil v poštnem predalu uporabnikov brezplačne storitve elektronske pošte „T-Online“, z nacionalno ureditvijo na področju nelojalne konkurence.

3. Oglaševalsko tehniko iz postopka v glavni stvari je težko opredeliti, saj se po eni strani razlikuje od tehničnega modela elektronske pošte, po drugi strani pa jo je z vidika prejemnika mogoče napačno razumeti kot neželena elektronska sporočila (spam), ki so glavna tarča cilja varstva iz, med drugim, člena 13(1) Direktive 2002/58.

4. V teh sklepnih predlogih bom Sodišču predlagal, prvič, naj razsodi, da je treba člen 13(1) Direktive 2002/58 razlagati tako, da gre za „uporabo […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu te določbe, če se v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte prikazujejo oglasna sporočila v obliki, ki je podobna obliki elektronskih sporočil, in na istem mestu kot zadnjenavedena, pri čemer naključna določitev prejemnikov navedenih sporočil v tem smislu nima vpliva in ne da bi bilo treba ugotoviti, da breme, naloženo temu uporabniku, presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je navedeni uporabnik, preden so bila taka oglasna sporočila prikazana v poštnem predalu njegovega računa elektronske pošte, dal privolitev, ki je bila vsaj prostovoljna, izrecna in informirana.

5. Drugič, Sodišču bom predlagal, naj ugotovi, da je treba pojem „vztrajno in nezaželeno nagovarjanje po […] elektronski pošti […]“ v smislu Priloge I, točka 26, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da lahko zajema ravnanja, kot so ta v postopku v glavni stvari, ki jih pomeni prikazovanje oglasnih sporočil v obliki, ki je podobna obliki elektronskih sporočil, in na istem mestu kot zadnjenavedena v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte. Vendar mora predložitveno sodišče po eni strani preveriti, ali je bilo prikazovanje teh oglasnih sporočil dovolj pogosto in redno, da bi ga bilo mogoče opredeliti kot „vztrajno“ nagovarjanje, in po drugi strani, ali je mogoče prikazovanje navedenih sporočil opredeliti kot „nezaželeno“, pri čemer mora upoštevati, ali je ta uporabnik predhodno dal soglasje k temu prikazovanju oziroma ali je izrazil nasprotovanje takemu oglaševalskemu postopku.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2002/58

6. V uvodnih izjavah 4 in 40 Direktive 2002/58 je navedeno:

„(4) Direktiva 97/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. decembra 1997 v zvezi z obdelavo osebnih podatkov in varstvom zasebnosti na področju telekomunikacij [5] je prenesla načela, določena v Direktivi [Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov[6], v posebna pravila za področje telekomunikacij. Direktivo [97/66] je treba prilagoditi razvoju trgov in tehnologij za elektronske komunikacijske storitve, da se

5 UL 1998, L 24, str. 1.

6 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 15, str. 355.

ne glede na uporabljene tehnologije zagotovi enaka raven varstva osebnih podatkov in zasebnosti uporabnikov javno razpoložljivih elektronskih komunikacijskih storitev. Navedeno direktivo je torej treba razveljaviti in nadomestiti s to direktivo.

[…]

(40) Naročnikom je treba zagotoviti zaščito pred vdiranjem v njihovo zasebnost z nepovabljenimi sporočili prek direktne pošte, zlasti s pomočjo avtomatičnih klicnih naprav, telefaksov in sporočil po elektronski pošti, vključno s sporočili SMS. Pošiljanje te oblike nepovabljenih komercialnih sporočil je po eni strani precej enostavno in poceni, po drugi strani pa lahko prejemniku naloži breme oziroma mu povzroči stroške. Poleg tega lahko v nekaterih primerih njihov obseg povzroči tudi težave v elektronskih komunikacijskih omrežjih in na terminalski opremi. Za take oblike nepovabljenih sporočil prek direktne pošte je upravičeno zahtevati, da se poprej pridobi izrecna privolitev prejemnikov, preden se nanje naslovijo taka sporočila. Enotni trg zahteva usklajen pristop, ki zagotovi podjetjem in uporabnikom preprosta in v celotni [Uniji] veljavna pravila.“

7. Člen 2 Direktive 2002/58, naslovljen „Opredelitve“, določa:

„Razen če je drugače določeno, se uporabijo opredelitve pojmov iz Direktive [95/46] in Direktive 2002/21/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (Okvirna direktiva)[7].

Uporabijo se tudi naslednje opredelitve pojmov:

[…]

(d) ‚sporočilo‘ (komunikacija) pomeni vsak podatek, ki se izmenjuje ali prenaša med končnim številom strank s pomočjo javno razpoložljive elektronske komunikacijske storitve. To ne vključuje nobenih podatkov, prenesenih javnosti kot del radiodifuzijske storitve prek elektronskega komunikacijskega omrežja, razen v obsegu, v katerem se da podatek povezati s prepoznavnim naročnikom ali uporabnikom, ki ga prejme;

[…]

(f) ‚privolitev‘ (strinjanje) uporabnika ali naročnika ustreza privolitvi podatkovnega subjekta iz Direktive [95/46[8]];

[…]

[7] UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 349.

[8] V skladu s členom 2(h) Direktive 95/46 „privolitev posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki“, pomeni „vsako prostovoljno dano posebno in informirano izjavo volje, s katero posameznik, na katerega se osebni podatki nanašajo, izrazi soglasje, da se osebni podatki o njem obdelujejo.“ Ta direktiva je bila razveljavljena z učinkom od 25. maja 2018 z Uredbo (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (Splošna uredba o varstvu podatkov) (UL 2016, L 119, str. 1, in popravek v UL 2018, L 127, str. 2), katere člen 4, točka 11 „privolitev“ posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, opredeljuje kot „vsako prostovoljno, izrecno, informirano in nedvoumno izjavo volje posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, s katero z izjavo ali jasnim pritrdilnim dejanjem izrazi soglasje z obdelavo osebnih podatkov, ki se nanašajo nanj“. V skladu s členom 94(2) te uredbe, naslovljenim „Razveljavitev Direktive [95/46]“, se „[s]klicevanja na razveljavljeno direktivo […] štejejo kot sklicevanja na to uredbo“.

(h) ‚elektronska pošta' pomeni vsako besedno, govorno, zvočno ali slikovno sporočilo, poslano prek javnega komunikacijskega omrežja, ki se lahko shrani v omrežju ali v prejemnikovi terminalski opremi, dokler ga prejemnik ne prevzame.

[…]"

8. Člen 13 Direktive 2002/58, naslovljen „Neželena sporočila", določa:

„1. Uporaba avtomatičnih klicnih in komunikacijskih sistemov brez človekovega posega (klicni avtomati), faksimilnih naprav (faksov) ali elektronske pošte za namene neposrednega trženja je dovoljena samo za naročnike ali uporabnike, ki v to prej privolijo.

2. Ne glede na odstavek 1, kadar fizična ali pravna oseba v smislu prodaje proizvoda ali storitve in v skladu z Direktivo [95/46] od svojih odjemalcev pridobi podatke o njihovem elektronskem naslovu za elektronsko pošto, lahko ista fizična ali pravna oseba uporablja te podatke o elektronskem naslovu za neposredno trženje podobnih lastnih proizvodov ali storitev pod pogojem, da je odjemalcem dana jasna in izrecna možnost, da na brezplačen in enostaven način ugovarjajo takšni uporabi podatkov o elektronskem naslovu takrat, ko so kontaktni podatki pridobljeni in ob vsakem sporočilu, v primeru, če odjemalec ni zavrnil takšne uporabe že na začetku.

3. Države članice sprejmejo primerne ukrepe, s katerimi zagotovijo, da neželena sporočila pri neposrednem trženju, razen v primerih iz odstavkov 1 in 2, niso dovoljena bodisi brez privolitve zadevnih naročnikov ali uporabnikov bodisi za naročnike ali uporabnike, ki ne želijo prejemati teh sporočil, pri čemer se izbira med temi možnostmi določi z nacionalno zakonodajo in se pri tem upošteva, da sta obe možnosti za naročnika ali uporabnika brezplačni.

4. V vsakem primeru je prepovedano pošiljati elektronsko pošto za namene neposrednega trženja na način, da se skrije ali prikrije identiteta pošiljatelja, v imenu katerega se sporočilo pošilja, kar je v nasprotju s členom 6 Direktive 2000/31/ES [Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju)[9]], brez veljavnega naslova, na katerega lahko prejemnik pošlje zahtevo, da se taka sporočila prenehajo pošiljati, ali ki vabi prejemnike, da obiščejo spletne strani, ki so v nasprotju z navedenim členom.

[…]"

2. Direktiva 2005/29

9. V uvodni izjavi 17 Direktive 2005/29 je navedeno:

„Zaželeno je, da se za zagotovitev večje pravne varnosti opredelijo poslovne prakse, ki veljajo v vseh okoliščinah za nepoštene. Priloga I vsebuje torej izčrpen seznam vseh takšnih praks. To so edine poslovne prakse, ki lahko veljajo za nepoštene, ne da bi bila potrebna ocena posameznih primerov na podlagi določb iz členov 5 do 9. Seznam se lahko spremeni le s pregledom [spremembo] Direktive."

[9] UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 25, str. 399.

10. Člen 5 Direktive 2005/29 določa:

„1. Nepoštene poslovne prakse so prepovedane.

2. Poslovna praksa je nepoštena, če:

(a) nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti

in

(b) v zvezi z izdelkom bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika, ki ga izdelek doseže ali je nanj usmerjen, ali obnašanje povprečnega člana skupine, če je poslovna praksa usmerjena na določeno skupino potrošnikov.

[…]

4. Zlasti so nepoštene tiste poslovne prakse, ki so:

(a) zavajajoče, kakor je določeno v členih 6 in 7,

ali

(b) agresivne, kakor je določeno v členih 8 in 9.

5. Priloga I vsebuje seznam poslovnih praks, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene. V vseh državah članicah se uporablja isti enotni seznam, ki se lahko spremeni samo s pregledom te direktive.“

11. Člen 8 Direktive 2005/29 določa:

„Poslovna praksa se šteje za agresivno, če v konkretnem primeru ob upoštevanju vseh značilnosti in okoliščin z nadlegovanjem, prisilo, vključno z uporabo sile, ali nedopustnim vplivanjem bistveno zmanjša ali bi utegnila bistveno zmanjšati svobodo izbire ali ravnanja povprečnega potrošnika v zvezi z izdelkom ter s tem povzroči ali bi utegnila povzročiti, da sprejme odločitev o poslu, ki je drugače ne bi sprejel.“

12. V Prilogi I k tej direktivi je vsebovan seznam „poslovnih praks, ki veljajo v vseh okoliščinah za nepoštene“. Med „[a]gresivnimi poslovnimi praksami“ je v točki 26 navedeno „[v]ztrajno in nezaželeno nagovarjanje po telefonu, telefaksu, elektronski pošti ali drugem sredstvu za sporazumevanje na daljavo, razen v okoliščinah in v mejah, upravičenih po nacionalnem pravu, ko se izvršuje pogodbene obveznosti. To ne posega v […] Direktiv[i] [95/46] in [2002/58].“

B. Nemško pravo

13. Člen 3(1) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zakon o preprečevanju nelojalne konkurence) [10] z dne 3. julija 2004 v različici, ki se uporablja za spor o glavni stvari, določa:

„1. Nepoštene poslovne prakse so prepovedane.

[10] BGBl. 2004 I, str. 1414; v nadaljevanju: UWG.

2. Poslovne prakse, ki se obračajo na potrošnike ali jih dosežejo, so nepoštene, če ne ustrezajo skrbnosti dobrega gospodarja in če so namenjene temu, da bistveno vplivajo na ekonomsko obnašanje potrošnika.“

14. Člen 5a(6) UWG določa:

„Dejanje nelojalne konkurence stori, kdor ne opredeli komercialnega namena poslovne prakse, če ta ni neposredno razviden iz okoliščin in če utegne neobstoj opredelitve povzročiti, da potrošnik sprejme poslovno odločitev, ki je sicer ne bi sprejel.“

15. Člen 7(1) in (2) UWG določa:

„(1) Prepovedane so poslovne prakse, s katerimi je udeleženec na trgu nesprejemljivo nadlegovan. To velja zlasti za oglaševanje, tudi ko je očitno, da udeleženec na trgu tega oglaševanja ne želi.

(2) Nesprejemljivo nadlegovanje se vedno domneva:

1. v primeru oglaševanja, pri katerem je uporabljeno sredstvo tržne komunikacije, prilagojeno za trženje na daljavo, ki ni navedeno v točkah 2 in 3 te določbe, ki vztrajno nagovarja potrošnika, čeprav tega očitno ne želi;

[…]

3. v primeru oglaševanja, pri katerem je brez vnaprejšnje privolitve prejemnika uporabljen klicni avtomat, faksimilna naprava (faks) ali elektronska pošta, ali

4. v primeru oglaševanja v obliki sporočila,

   (a) ki je poslano tako, da se skrije ali prikrije identiteta pošiljatelja, v imenu katerega se sporočilo pošilja, […]

   […]“

16. Člen 8 UWG določa:

„(1) Zoper vsakogar, čigar poslovna praksa je prepovedana v smislu členov 3 in 7, je mogoče vložiti tožbo za odpravo posledic prepovedanega ravnanja ali – v primeru ponovitvene nevarnosti – opustitveno tožbo. Pravica do opustitvene tožbe obstaja od tedaj, ko grozi taka praksa, ki je v nasprotju s členom 3 ali 7.

(2) Če kršitve, storjene v podjetju, stori delavec ali pooblaščena oseba, obstaja temelj za tožbo za odpravo posledic prepovedanega ravnanja ali opustitveno tožbo tudi proti lastniku podjetja.

(3) Tožbi iz odstavka 1 lahko vložijo:

1. kateri koli konkurent;

[…]“

III. Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

17. Družbi StWL in eprimo sta dobaviteljici električne energije, ki sta medsebojna konkurenta. Družba Interactive Media, oglaševalska agencija, je na zahtevo družbe eprimo razširjala oglasna sporočila v elektronske poštne nabiralnike uporabnikov storitve T-Online, ki je brezplačna storitev elektronske pošte.

18. Oglasna sporočila, ki so najavljala „več prihranka“ z družbo eprimo, so se pojavila v zasebnem elektronskem poštnem nabiralniku uporabnika storitve T-Online, natančneje v poštnem predalu, torej na mestu, na katerem so prejeta elektronska sporočila prikazana v obliki seznama, in so bila prikazana med prejetimi elektronskimi sporočili. Drugače kot ta elektronska sporočila so bili oglasi, ki so bili označeni z navedbo „oglas“, prikazani sivo osenčeni, niso vsebovali datuma ali pošiljatelja, ni jih bilo mogoče shraniti ali posredovati in tudi ni bilo nanje mogoče odgovoriti z možnostmi, ki jih je za urejanje elektronskih sporočil predvidel ponudnik storitve elektronske pošte. Poleg tega niso bila upoštevana v številu neprebranih elektronskih sporočil in niso zasedala prostora za shranjevanje v poštnem predalu. Ta uporabnik je družbi eprimo 20. decembra 2016 poslal dopis v zvezi z oglasom z dne 12. decembra 2016 in tako izrecno obvestil družbo eprimo o tem, da ne želi prejemati takih oglasov. Podobni oglasi so se kljub temu pojavili v njegovem poštnem predalu 13. in 15. januarja 2017.

19. Oglasna sporočila iz postopka v glavni stvari so v poštnem predalu uporabnikov storitve elektronske pošte prikazana naključno. Ob odprtju spletne strani, ki ustreza računu elektronske pošte, je poslano povpraševanje (AdRequest) oglasnemu strežniku, ki nato pošlje parametre, ki ustrezajo spletnemu brskalniku uporabnika, tako da se v poštnem predalu tega računa prikaže naključno izbrana oglasna pasica. Če ta uporabnik klikne na prikazani oglas, se ta klik prenese na oglasni strežnik, ki ga zabeleži in preusmeri brskalnik na stran oglaševalca.

20. Landgericht Nürnberg-Fürth (deželno sodišče v Nürnbergu-Fürthu, Nemčija), pri katerem je družba StWL, ki je menila, da je ta oglaševalska metoda v nasprotju z konkurenčnim pravom, ker pomeni nesprejemljivo nadlegovanje in ker je zavajajoča, vložila tožbo, je družbi eprimo naložilo, naj v gospodarskem prometu za konkurenčne namene v zvezi z distribucijo električne energije končnim porabnikom opusti oglaševanje prek računa elektronske pošte T-Online.

21. Oberlandesgericht Nürnberg (višje deželno sodišče v Nürnbergu, Nemčija) je ugodilo pritožbi, ki jo je pri njem vložila družba eprimo, saj je to sodišče štelo, da sporno prikazovanje oglasov v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte z vidika konkurenčnega prava ni prepovedana poslovna praksa.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (višje deželno sodišče v Nürnbergu) je po eni strani razsodilo, da zadevno oglaševanje ne pomeni nesprejemljivega nadlegovanja prek uporabe elektronske pošte v smislu člena 7(2), točka 3, UWG, ker tega oglaševanja ni mogoče šteti za elektronsko pošto v smislu te določbe. Navedeno oglaševanje naj uporabniku storitve elektronske pošte nikakor ne bi povzročilo obremenitve ali stroškov, ki bi presegali „običajno“ nadlegovanje, ki ga povzroči vsako oglaševanje, in naj torej ne bi povzročilo nesprejemljivega nadlegovanja v smislu splošne določbe člena 7(1), prvi stavek, UWG, zlasti z vidika brezplačnosti storitve elektronske pošte.

23. Po drugi strani je to sodišče ugotovilo, da zadevno oglaševanju ni prepovedano v smislu člena 7(2), točka 4(a), UWG, saj ne gre za oglaševanje v obliki sporočil. Člen 7(2), točka 1, UWG naj se prav tako ne bi uporabljal, saj se z njim predpostavlja „nagovarjanje“ v smislu ravnanja,

nadležnega za potrošnika, ki pa v obravnavani zadevi ni podano. Nazadnje, zadevnega oglaševanja naj ne bi bilo mogoče šteti za nepošteno, ker bi bilo zavajajoče v smislu člena 5a(6) UWG, saj v njem ni bila zakrita njegova oglaševalska narava.

24. Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija), pri katerem je družba StWL vložila revizijo, meni, da je njegov odgovor na vprašanje, ali obstaja pravica zahtevati opustitev zadevne prakse, odvisen od razlage člena 2, drugi odstavek, točki (d) in (h), in člena 13(1) Direktive 2002/58, Priloge I, točka 26, k Direktivi 2005/29 ter pojmov „elektronska pošta“, „uporaba“ in „nagovarjanje“.

25. Po mnenju predložitvenega sodišča bi namreč lahko bilo ravnanje, ki se očita družbi eprimo, prepovedano glede na člen 7(2), točka 3, UWG, s katerim je prenesen člen 13(1) Direktive 2002/58. Navaja, da si je prav tako mogoče zamisliti, da je oglaševanje prepovedano glede na člen 7(2), točka 1, UWG, s katerim je prenesena Priloga I, točka 26, Direktive 2005/29.

26. Prvič, v zvezi z delom, ki se nanaša na uporabo člena 7(2), točka 3, UWG, s katerim je prenesen člen 13(1) Direktive 2002/58, želi predložitveno sodišče od Sodišča pridobiti pojasnila o pojmih „elektronska pošta“ in „uporaba“ te pošte za neposredno trženje.

27. Za ugotovitev, ali zadevno oglaševanje spada v okvir pojma „elektronska pošta“, to sodišče najprej ugotavlja, da pomeni sporočilo, ki ga je upravljavec oglasnega strežnika v realnem času posredoval v poštni predal računa elektronske pošte, potem ko je uporabnik prek povezave odprl navedeno spletno stran, in ki je bilo prikazano na tej strani, na kateri ga je ta uporabnik lahko prebral, „sporočilo“ v smislu člena 2, drugi odstavek, točka (d), Direktive 2002/58. Dalje šteje, da je treba preveriti, ali je mogoče oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, opredeliti kot „elektronsko pošto“ v smislu člena 2, drugi odstavek, točka (h), te direktive.

28. V zvezi s tem se sprašuje o merilu glede pošiljanja sporočila, ki je navedeno v tej določbi. Oglasov v poštnem predalu namreč ne posreduje en uporabnik storitve elektronske pošte drugemu uporabniku, ampak jih prikažejo oglasni strežniki po odprtju računa elektronske pošte na določenih mestih poštnega predala naključno izbranega uporabnika, predvidenih v ta namen. Če bi se uporabila merila za tradicionalno elektronsko pošto, morda torej sploh ne bi šlo za „pošiljanje“, tako da oglasov, ki se pojavijo v tem poštnem predalu, ne bi bilo mogoče šteti za „elektronsko pošto“. Vendar se predložitveno sodišče sprašuje, ali cilj varstva zasebnosti uporabnika, ki je določen v uvodni izjavi 40 in ki mu sledi člen 13(1) Direktive 2002/58, ne bi mogel govoriti v prid funkcionalnemu in ne tehničnemu pristopu v zvezi z opredelitvijo „pošiljanja“. S tem ciljem bi bila lahko upravičena razlaga pojma „pošiljanje“ v funkcionalnem smislu, v smislu razširjanja, in ne na podlagi tradicionalnih oblik elektronske komunikacije, namreč v smislu pošiljanja od danega uporabnika drugemu vnaprej določenemu uporabniku.

29. Poleg tega se predložitveno sodišče sprašuje o opredelitvi pojma „prevzem“ iz člena 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58. To sodišče pojasnjuje, da bi iz te določbe v povezavi z uvodno izjavo 27 te direktive [11] lahko izhajalo, da prevzem sporočila pomeni namerno ravnanje prejemnika, ki z odprtjem svojega računa elektronske pošte izrazi svojo voljo, da se njegova elektronska sporočila, shranjena na strežniku storitve elektronske pošte, prikažejo in so mu posredovana, medtem ko mora v zvezi z zadevnimi oglasi, ki so shranjeni na oglaševalskem strežniku, ki ga nadzira družba, ki te oglase razširja, uporabnik zgolj odpreti storitev elektronske

[11] V tej uvodni izjavi je navedeno, da je „[t]očni trenutek končanja prenosa sporočila, po katerem je treba podatke o prometu izbrisati, razen za namene zaračunavanja, […] lahko odvisen od vrste izvajan[ih] elektronskih komunikacijskih storitev. Tako je […] [p]ri elektronski pošti […] prenos končan takoj, ko naslovljenec prevzame sporočilo, navadno od strežnika njegovega ponudnika storitve“.

pošte, da se v realnem času prikaže oglasna pasica, ne da bi se uporabnik spleta zavedal postopka in ne da bi se mogel z odločitvijo, ki izraža njegovo voljo, izreči za ta prikaz ali proti njemu. Skratka, prevzem iz člena 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58 naj bi predpostavljal uporabnikovo ravnanje zaradi prenosa sporočila, običajno s strežnika ponudnika storitev. Vendar navedeno sodišče meni, da je s členom 13(1) Direktive 2002/58 naloženo, da je treba uporabnika zavarovati pred neželenimi oglasnimi sporočili in zato šteti, da odprtje računa elektronske pošte na spletu zadostuje za to, da pomeni končni akt prevzema.

30. Poleg tega predložitveno sodišče navaja, da so bili sporni oglasi, potem ko so bili vstavljeni v poštni predal – kar se je sprožilo s povezavo – shranjeni na oglaševalskem strežniku in torej v omrežju. Po njegovem mnenju iz uvodne izjave 27 Direktive 2002/58 ni mogoče sklepati, da se elektronska pošta nanaša le na sporočila, ki so shranjena na strežniku ponudnika storitev.

31. Predložitveno sodišče se prav tako sprašuje, ali gre za „elektronsko pošto“ v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58, če sporočilo ni preneseno posameznemu prejemniku, ki je že pred prenosom konkretno opredeljen, ampak je tako kot v obravnavani zadevi prikazano naključno. Predložitveno sodišče v zvezi s tem navaja, da je bilo sporno oglaševanje opravljeno naključno pri strankah brezplačne storitve elektronske pošte, ne da bi bilo mogoče dati predhodno obvestilo glede privolitve stranke. Ob tem meni, da iz zahteve po predhodni privolitvi, določeni v tej določbi, ni mogoče sklepati, da so vse oblike neposrednega trženja po komunikacijskih omrežjih dovoljene, ker privolitev uporabnikov storitve elektronske pošte ni mogoče prejeti pred prikazom oglaševanja, in to zaradi tehničnih postopkov, ki jih uporablja oglaševalec.

32. Poleg tega predložitveno sodišče meni, da je treba opredeliti pojem „uporaba“ elektronske pošte v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58, in se sprašuje, ali mora „breme“,[12] naloženo uporabniku, da bi spadalo v okvir tega pojma, presegati nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno. V zvezi s tem ugotavlja, da je – ker ima zadevno oglaševanje izgled elektronskih sporočil, ker je zato bolj vidno kot oglaševanje zunaj poštnega predala – nadlegovanje hujše kot v primeru oglasov, prikazanih ob robu poštnega predala, in da v teh okoliščinah cilj varstva zasebnosti uporabnikov morda ne bi bil izpolnjen.

33. Drugič, v zvezi z delom, ki se nanaša na uporabo člena 7(2), točka 1, UWG, s katerim je prenesena Priloga I, točka 26, Direktive 2005/29, predložitveno sodišče ocenjuje, da je treba pojasniti merila „nagovarjanja“ v smislu te določbe. Po mnenju tega sodišča je nagovarjanje izključeno, kadar je sporočilo naslovljeno na širšo javnost. Nasprotno, zanj se zahteva oglaševanje, ki ciljno naslavlja posamezno stranko. V zvezi s tem se navedeno sodišče sprašuje, ali je treba, da bi šlo za posamično ciljno oglaševanje, ki ustreza merilom nagovarjanja, da se s stranko vzpostavi stik prek običajnega medija, ki je namenjen individualni komunikaciji med pošiljateljem in prejemnikom, kot so telefon, telefaks ali elektronska pošta, ali pa zadostuje, da se tako kot v obravnavani zadevi povezava z uporabnikom vzpostavi s prikazom oglasov v poštnem predalu njegovega računa elektronske pošte, torej na mestu, na katerem uporabnik pričakuje sporočila, ki so nanj osebno naslovljena.

34. Predložitveno sodišče meni, da gre očitno – če oglasi, prikazani v tem poštnem predalu, uporabniku povzročajo nadlegovanje, ki presega nadlegovanje, ki je posledica tradicionalnih oglasnih pasic, ki s tem, da se prikazujejo na mestih spletne strani, ki so običajno predvidena v ta namen, ne izkazujejo enake individualne narave – prav tako za cilj varstva iz Priloge I, točka 26, Direktive 2005/29.

[12] Glej uvodno izjavo 40 Direktive 2002/58.

35. Poleg tega predložitveno sodišče meni, da so izpolnjeni drugi pogoji prakse, ki je prepovedana s to določbo. V zvezi s tem navaja, da je bil uporabnik storitve elektronske pošte skupaj trikrat, torej večkrat in vztrajno, nagovorjen z oglasi, prikazanimi v poštnem predalu njegove elektronske pošte. Tako oglaševanje naj ne bi bilo zaželeno, ker je ta uporabnik izrecno obvestil družbo eprimo o tem, da ne želi prejemati oglasnih sporočil, kot so ta v postopku v glavni stvari.

36. V teh okoliščinah je Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali gre za pojem ‚pošiljanje' v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive [2002/58], če sporočilo uporabnika elektronske komunikacijske storitve drugemu uporabniku ni poslano prek storitvenega podjetja na elektronski ‚naslov' drugega uporabnika, temveč ga oglasni strežnik zaradi odprtja spletne strani, ki je zaščitena z geslom, ki ustreza računu elektronske pošte, samodejno prikaže na določenem v ta namen predvidenem mestu v elektronskem poštnem predalu naključno izbranega uporabnika (Inbox-oglaševanje)?

2. Ali prevzem sporočila v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58/ES predpostavlja, da prejemnik, potem ko ugotovi obstoj sporočila, z voljnim prevzemom sproži programsko tehnično določen prenos podatkov sporočila ali pa zadostuje, če se prikaz sporočila v poštnem predalu računa elektronske pošte sproži s tem, da uporabnik odpre spletno stran svojega računa elektronske pošte, ki je zaščitena z geslom?

3. Ali gre za elektronsko pošto v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58/ES tudi tedaj, kadar sporočilo ni poslano posameznemu prejemniku, ki je že pred prenosom konkretno določen, temveč je prikazano v poštnem predalu naključno izbranega uporabnika?

4. Ali gre za uporabo elektronske pošte za namene neposrednega trženja v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58/ES le tedaj, kadar se ugotovi da breme, naloženo uporabniku, presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno?

5. Ali gre za individualno oglaševanje, ki izpolnjuje pogoje za ‚nagovarjanje' v smislu točke 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi [2005/29], le takrat, ko se s stranko vzpostavi stik prek običajnega medija, ki je namenjen individualni komunikaciji med pošiljateljem in prejemnikom, ali pa zadostuje, da se – kot pri zadevnem oglaševanju v sporni zadevi – povezava s posameznikom vzpostavi s tem, da je oglas prikazan v poštnem predalu zasebnega računa elektronske pošte in s tem na mestu, na katerem stranka pričakuje sporočila, ki so nanjo posamično naslovljena?"

37. Družbi Interactive Media in eprimo, portugalska vlada in Evropska komisija so predložile pisna stališča. Družbe StWL, Interactive Media in eprimo ter Komisija so v roku, ki je bil določen, odgovorile na vprašanja, ki jih je za pisni odgovor postavilo Sodišče.

IV. Analiza

38. S tem predlogom za sprejetje predhodne se Sodišču predlaga, naj se izreče o vprašanju, ali in – odvisno od okoliščin – pod katerimi pogoji je mogoče šteti, da je praksa, v skladu s katero se prikažejo oglasna sporočila v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte, ki je temu uporabniku zagotovljena brezplačno in ki se financira iz oglaševanja, za katero plačujejo oglaševalci, združljiva z upoštevnimi določbami Direktive 2002/58 in Direktive 2005/29.

39. Prepoved „vztrajnega in nezaželenega nagovarjanja po telefonu, telefaksu, elektronski pošti ali drugem sredstvu za sporazumevanje na daljavo, razen v okoliščinah in v mejah, upravičenih po nacionalnem pravu, ko se izvršuje pogodbene obveznosti“ se, kot je razvidno iz Priloge I, točka 26, k Direktivi 2005/29, uporablja brez poseganja v pravila, določena med drugim z Direktivo 2002/58. Tako kot Sodišču predlaga predložitveno sodišče, bom zaporedoma preučil vprašanja razlage po eni strani Direktive 2002/58 in po drugi strani Direktive 2005/29.

A. Razlaga upoštevnih določb Direktive 2002/58

40. Predložitveno sodišče s *prvim in drugim vprašanjem* v bistvu predlaga Sodišču, naj razsodi, ali so merila, ki omogočajo opredelitev, kaj je „elektronska pošta“ v smislu člena 2, drugi odstavek, (h), Direktive 2002/58, izpolnjena v primeru oglasnega sporočila, ki se prikaže v poštnem predalu računa uporabnika storitve elektronske pošte. Natančneje, sprašuje, ali je v smislu te določbe sporočilo mogoče šteti za „poslano“, če ga ta uporabnik ne pošlje drugemu uporabniku prek ponudnika storitev na elektronski naslov tega drugega uporabnika, ampak se po odprtju spletne strani varnega računa elektronske pošte samodejno prikaže v poštnem predalu naključno izbranega uporabnika. Predložitveno sodišče sprašuje tudi, ali je za to, da je mogoče sporočilo šteti za „prevzeto“ v smislu člena 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58, potrebno, da prejemnik namerno sproži prenos podatkov zadevnega sporočila, ali pa zadostuje, da se sporočilo pojavi v poštnem predalu po odprtju spletne strani varnega računa elektronske pošte.

41. S *tretjim in četrtim vprašanjem* predložitveno sodišče prosi za razlago pojma „uporaba […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58. Natančneje, s tretjim vprašanjem želi izvedeli, ali gre za „elektronsko pošto“ v smislu te določbe, če sporočilo ni poslano prejemniku, ki je pred prenosom posamično določen, ampak je prikazano v poštnem predalu naključno izbranega uporabnika. Poleg tega predložitveno sodišče sprašuje, ali je „uporaba […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58 dokazana le, če se ugotovi, da breme, naloženo uporabniku, presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno.

42. V skladu s členom 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58 je elektronska pošta opredeljena kot „vsako besedno, govorno, zvočno ali slikovno sporočilo“. Ta element opredelitve v obravnavani zadevi ni predmet razprave in je z oglasnim sporočilom, kot je to v postopku v glavni stvari, zagotovo izpolnjen.

43. Vendar morajo biti, da bi bilo mogoče sporočilo opredeliti kot „elektronsko pošto“ v smislu te določbe, izpolnjena tri druga merila. Prvič, sporočilo mora biti „poslano prek javnega komunikacijskega omrežja“. Drugič, to sporočilo mora biti tako, da „se lahko shrani v omrežju ali v prejemnikovi terminalski opremi“. Tretjič, prejemniku mora biti omogočeno, da navedeno sporočilo prevzame.

44. Glede vprašanja, ali oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, izpolnjuje ta tri merila, obstajata dve nasprotujoči si stališči.

45. V skladu s stališčem, ki nasprotuje njegovi opredelitvi kot „elektronske pošte“ ter ki ga zastopata družbi eprimo in Interactive Media, za oglasno sporočilo, ki se naključno prikaže v poštnem predalu računa elektronske pošte, ni mogoče šteti, da je bilo poslano, shranjeno in prevzeto v skladu s tem, kar se zahteva s členom 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58. Trditve v podporo temu stališču temeljijo na razumevanju, v skladu s katerim tako sporočilo nima značilnosti tradicionalnih elektronskih sporočil. Prvič, šlo naj ne bi za to pošiljanje od enega

uporabniku drugemu, ampak za začasno in samodejno prikazovanje v poštnem predalu naključno izbranih uporabnikov. Drugič, oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, naj se ne bi shranilo v omrežju ali prejemnikovi terminalski opremi. Tretjič, prejemnik naj tega sporočila ne bi prevzel, ker prevzem pomeni namerno ravnanje prejemnika zaradi seznanitve s konkretnim sporočilom s tem, da ga izbere.

46. Stališče, ki govori v prid opredelitvi oglasnega sporočila, kot je to v postopku v glavni stvari, kot „elektronske pošte“ ter ki ga podpirata predložitveno sodišče in delno portugalska vlada, pa temelji na potrebi, da se upošteva funkcionalna razlaga pojma elektronska pošta, da bi se dosegel cilj varstva zasebnosti uporabnikov storitev elektronske pošte. Posledica take razlage je, da je treba vsako od meril tega pojma presojati prožno. Tako naj bi bilo treba za oglasno sporočilo, ki se razširja in prikaže v poštnem predalu računa uporabnika storitve elektronske pošte, neodvisno od uporabljene tehnologije šteti, da mu je bilo „poslano prek javnega komunikacijskega omrežja“ v smislu člena 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58. Zadostovala naj bi okoliščina, da je to sporočilo shranjeno na oglasnem strežniku in ne v terminalski opremi prejemnika, saj naj bi bilo mogoče šteti, da gre za shranjevanje „v omrežju“ v smislu iste določbe. Poleg tega naj bi bilo treba za tako sporočilo, ki se prikaže ob odprtju spletne strani računa elektronske pošte, šteti, da je bilo prevzeto, kot je zahtevano z navedeno določbo. Glede te zadnje točke je argumentacija portugalske vlade podrobnejša, saj meni, da je mogoče, da oglasnega sporočila, ki se prikaže v poštnem predalu takšnega računa, njegov prejemnik ne bo prevzel. Vendar naj bi, če bi bilo to sporočilo še naprej shranjeno v omrežju, to zadostovalo, da bi se opredelilo kot „elektronska pošta“ v smislu člena 2, drugi odstavek, točka (h) Direktive 2002/58.

47. Glede na te trditve, pogosto tehnične, ki so podane v podporo vsaki od teh tez, sprejemam argumentacijo predložitvenega sodišča v smislu funkcionalne razlage pojma elektronske pošte, ki bi lahko vodila do tega, da bi se štelo, da oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, izpolnjuje merila iz člena 2, drugi odstavek, točka (h), Direktive 2002/58.

48. Vsekakor menim, da se ta pojem ne sme razlagati ločeno, ampak ob upoštevanju določbe, v kateri je uporabljen, in sicer v obravnavani zadevi člena 13(1) Direktive 2002/58. V tem smislu se pridružujem StWL in Komisiji pri ugotovitvi, da je treba v okviru obravnavane zadeve razložiti pojem „uporaba […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu te določbe. Tako bom analizo osredotočil na razlago navedene določbe, pri tem pa upošteval njeno besedilo, cilj in potrebo po zagotovitvi polnega učinka.

49. V zvezi s tem ugotavljam, da je člen 13 Direktive 2002/58 naslovljen „Neželena sporočila“. Glede na opredelitev pojma „sporočilo“ iz člena 2, drugi odstavek, točka (d), te direktive, se člen 13 navedene direktive uporablja za „vsak podatek, ki se izmenjuje ali prenaša med končnim številom strank s pomočjo javno razpoložljive elektronske komunikacijske storitve“.

50. Če neko sporočilo spada na področje uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58, je dovoljeno, če je bila predhodno pridobljena privolitev njegovega prejemnika. Iz člena 2, drugi odstavek, točka (f), Direktive 2002/58 v povezavi s členom 94(2) Uredbe 2016/679 je razvidno, da mora ta privolitev izpolnjevati zahteve iz člena 2(h) Direktive 95/46 ali člena 4, točka 11, te uredbe, odvisno od tega, katera od teh dveh določbe se *ratione temporis* uporablja za dejansko stanje iz postopka v glavni stvari. V zvezi s tožbo na opustitev prepovedane poslovne prakse ni izključeno, da bi se, če bi bil postopek, ki ga je sprožila StWL, namenjen opustitvi ravnanja družbe eprimo v prihodnje, v okviru spora o glavni stvari *ratione temporis* uporabljala Uredba 2016/679, in to čeprav dejstva v tem sporu spadajo v obdobje pred 25. majem 2018, kar je datum, ko se je začela

uporabljati ta uredba, Direktiva 95/466 pa je bila od istega dne razveljavljena.[13] Iz tega izhaja, da mora iti vsaj za prostovoljno, izrecno in informirano izjavo volje.[14]

51. S členom 13(1) Direktive 2002/58 je bilo pojasnjeno, za katere vrste sporočil se uporablja zahteva po predhodni privolitvi prejemnikov. Po eni strani gre za sporočila, katerih namen je neposredno trženje, torej sporočila s komercialnim namenom, ki so naslovljena neposredno in posamično na uporabnike elektronskih komunikacijskih storitev. Po drugi strani morajo ta sporočila do zadnjenavedenih prispeti prek „[u]porab[e] avtomatičnih klicnih in komunikacijskih sistemov brez človekovega posega (klicni avtomati), faksimilnih naprav (faksov) ali elektronske pošte“.

52. Namen člena 13(1) Direktive 2002/58 ni, da bi se uporabljal na splošno za oglaševalska okna, ki se lahko pojavijo ob obisku spletnih strani. Ta določba se nanaša zgolj na sporočila, katerih predmet je neposredno trženje, ki neposredno in posamično dosežejo prejemnike prek nekaterih kanalov elektronske komunikacije, kot je elektronska pošta.[15]

53. Trenutno besedilo člena 13 Direktive 2002/58 izhaja iz Direktive 2009/136, v katere uvodni izjavi 67 je navedeno, da *bi morala* „[z]aščita naročnikov pred vdorom v njihovo zasebnost z neželenimi sporočili za namene neposrednega trženja prek elektronske pošte […] *veljati tudi za kratka in večpredstavnostna sporočila (SMS, MMS) ter druge podobne aplikacije*.“[16] Zakonodajalec Unije je torej želel zadržati široko pojmovanje sredstev elektronske komunikacije, s katerimi se opravijo dejanja neposrednega trženja in ki presegajo zgolj elektronska sporočila. To široko pojmovanje je izraženo tudi v uvodni izjavi 40 Direktive 2002/58, v kateri je opozorjeno na potrebo, da „je treba [naročnikom] zagotoviti zaščito pred vdiranjem v njihovo zasebnost z nepovabljenimi sporočili prek direktne pošte, *zlasti* s pomočjo avtomatičnih klicnih naprav, telefaksov in sporočil po elektronski pošti, vključno s sporočili SMS“,[17] iz česar je mogoče sklepati – poleg tega, da sporočila po elektronski pošti niso omejena zgolj na elektronska sporočila – da seznam navedenih sredstev komunikacije ni izčrpen. Volja zakonodajalca Unije, za zaobseže širok spekter sporočil, opravljenih za namene neposrednega trženja, je potrjena tudi z uvodno izjavo 4 Direktive 2002/58, v kateri je potrjen cilj, da se „*ne glede na uporabljene tehnologije* zagotovi enaka raven varstva osebnih podatkov in zasebnosti uporabnikov javno razpoložljivih elektronskih komunikacijskih storitev“.[18] Ta cilj zahteva, da se sprejme dinamično in nevtralno pojmovanje tehnološkega vidika pojmov iz Direktive 2002/58.

[13] V zvezi s tem glej sodbo z dne 1. oktobra 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, točke od 38 do 43), in sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Szpunarja v zadevi Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, točke od 44 do 49). Glej tudi sodbo z dne z dne 11. novembra 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, točke od 28 do 32).

[14] Kot je Sodišče navedlo v sodbi z dne 11. novembra 2020 Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), je „[b]esedilo člena 4, točka 11, [Uredbe 2016/679], v katerem je ‚privolitev posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki‘ opredeljena za namene [te uredbe], namreč očitno še strožje od besedila člena 2(h) Direktive 95/46, ker se z njim zahteva ‚prostovoljna, posebna, informirana in nedvoumna‘ izjava volje posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, v obliki izjave ali ‚jasnega pritrdilnega dejanja‘, ki izraža njegovo soglasje z obdelavo osebnih podatkov, ki se nanašajo nanj. Tako je odslej z [navedeno] uredbo izrecno določena aktivna privolitev“ (točka 36 in navedena sodna praksa).

[15] V zvezi s tem ni pomembno, da – tako kot izhaja iz sodbe z dne 14. junija 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498) – storitev elektronske pošte na Internetu kot taka ne pomeni „elektronske komunikacijske storitve“ v smislu člena 2(c) Direktive 2002/21/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 349), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 (UL 2009, L 337, str. 37, in popravek v UL 2013, L 241, str. 8), ker ni v celoti ali pretežno sestavljena iz prenosa signalov po elektronskih komunikacijskih omrežjih.

[16] Moj poudarek.

[17] Moj poudarek.

[18] Moj poudarek.

54. Ne glede na to, kolikšen je obseg sredstev komunikacije, ki so uporabljena za neposredno trženje in katerih cilj je, da spadajo na področje uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58, se mi zdi v okoliščinah iz postopka v glavni stvari odločilno, da oglasna sporočila iz postopka v glavni stvari dosežejo svoje prejemnike prav prek *uporabe* elektronske pošte. Tako kot Komisija opozarjam, da se ta sporočila pojavijo v poštnem predalu računa uporabnika storitve elektronske pošte, torej na mestu, ki je običajno rezervirano za elektronska sporočila *stricto sensu*, ki jih pomenijo zasebna elektronska sporočila. Pošiljatelj navedenih sporočil torej uporablja elektronsko pošto, da doseže potrošnika, tako da gre za sporočila za neposredno trženje „prek elektronske pošte“ v skladu s tem, kar je navedeno v uvodni izjavi 67 Direktive 2009/136, ob upoštevanju katere je treba razlagati člen 13(1) Direktive 2002/58. Menim, da je treba uvrstitev sporočil, kot so ta v postopku v glavni stvari, na seznam zasebnih elektronskih sporočil, opredeliti kot uporabo elektronske pošte za neposredno trženje, kar spada na področje uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58.

55. Zaradi njegove umestitve v poštni predal računa uporabnika storitve elektronske pošte je s sporno oglaševalsko prakso omogočeno, da se neposredno in posamično doseže ta uporabnik v zasebni sferi, ki jo pomeni tak poštni predal, do katerega je dostop zaščiten z geslom, in to z učinkovitostjo, ki se mi zdi primerljiva z učinkovitostjo neželenih elektronskih sporočil (spam). Izbira namestitve spornega oglaševanja v poštni predal ni naključna in se v smislu uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58 pomembno razlikuje od oglasnih pasic, ki se pojavijo na robu in ločeno od seznama zasebnih elektronskih sporočil. S tem, da se prikazuje na isti ravni kot zasebna elektronska sporočila, je sporno oglaševanje namreč deležno enake pozornosti, kot jo uporabnik namenja slednji. Kot pravilno opozarja Komisija, v takem primeru gospodarski subjekti, ki razširjajo to oglaševanje, uporabijo poštni predal zasebne elektronske pošte ter interes in zaupanje, ki ga imajo uporabniki storitve elektronske pošte do tega poštnega predala, tako da svojim oglasnim sporočilom dajo izgled, ki je kljub nekaterim minimalnim razlikam podoben izgledu zasebnih elektronskih sporočil. Poleg tega, ker oglasna sporočila zavzemajo vrstice poštnega predala, ki so običajno rezervirane za zasebna elektronska sporočila, in ker so zadnjenavedenim podobna, obstaja nevarnost za zamenjavo med tema kategorijama sporočil, ki lahko pripelje do tega, da bi uporabnika, ki bi kliknil na ustrezno vrstico oglasnega sporočila, proti njegovi volji usmerili na spletno stran, kjer je predstavljeno zadevno oglaševanje, namesto da bi še naprej preverjal zasebna elektronska sporočila.

56. Tako kot Komisija menim, da ugotovitev, da se – drugače kot zasebna elektronska sporočila – oglasno sporočilo prikaže na sivem ozadju, ne zavzema prostora za shranjevanje in ne ponuja običajnih funkcij elektronske pošte, ne preprečuje, da bi se priznal obstoj posega v zasebnost uporabnikov storitve elektronske pošte. Ker zadevna oglasna sporočila iz postopka v glavni stvari s tem, da se pojavijo na istem seznamu kot zasebna elektronska sporočila, zahtevajo isto pozornost in ista ravnanja za izbris kot neželena elektronska sporočila (spam), se mi zdi nadlegovanje podobno. Poleg tega, ker ta sporočila nimajo enakih funkcij kot elektronska pošta, to pomeni še dodaten element nadlegovanja glede na neželena elektronska sporočila (spam), saj posebno ravnanje, ki je zahtevano v zvezi z njimi, lahko vodi do napak pri njihovem odstranjevanju ali nenamernih klikov na oglase.

57. Skratka, menim, da je tu za poseg v zasebnost značilna uporaba sredstva komunikacije, v obravnavani zadevi elektronske pošte, ki je običajno rezervirano za pošiljanje in prejemanje zasebnih sporočil. Drugače kot oglasne pasice, ki se pojavljajo na robu in ločeno od seznama zasebnih elektronskih sporočil, prisotnost oglasnih sporočil iz postopka v glavni stvari znotraj poštnega predala zasebne elektronske pošte, za katero uporabnik meni, da je pomembna za njegovo zasebno sfero, ovira dostop do zadnjenavedene v obsegu in na način, ki je zelo podoben neželenim elektronskim sporočilom (spam). Iz tega izhaja, da je po mojem mnenju s tem oviran

cilj – ki mu sledi člen 13(1) Direktive 2002/58, v povezavi z uvodno izjavo 40 te direktive in uvodno izjavo 67 Direktive 2009/136 – varstva uporabnikov pred kakršno koli kršitvijo njihove zasebnosti prek neželenih sporočil, poslanih zaradi neposrednega trženja. Poseg v zasebno sfero z uporabo poštnega predala elektronske pošte je tako dokazan in po mojem mnenju zadostuje, da se za tehniko neposrednega trženja iz postopka v glavni stvari uporabi zahteva po predhodni privolitvi uporabnika storitve elektronske pošte.

58. Menim, da bi negativno vplivalo na polni učinek člena 13(1) Direktive 2002/58, če bi bilo dovoljeno, da se lahko oglasna sporočila, kot so ta v postopku v glavni stvari, pojavijo v poštnem predalu računa uporabnika storitve elektronske pošte, ne da bi ta predhodno privolil v prejemanje takih sporočil v tej obliki in na tem mestu.

59. S ciljem zakonodajalca Unije, ki je zavarovati uporabnika pred stalno preobremenjenostjo njegovih poštnih predalov ali zasebnih telefonskih linij z neželenimi komercialnimi sporočili ali klici, se torej zahteva, da se zagotovi polni učinek te določbe. To pomeni, da je treba to določbo razlagati tako, da zajema vsa oglasna sporočila, ki zaradi svoje podobnosti z zasebnimi elektronskimi sporočili in umestitve na seznam zasebnih elektronskih sporočil posegajo v zasebnost uporabnikov storitev elektronske pošte. Tako razlago je treba sprejeti, da bi se izognilo temu, da bi bilo mogoče obiti zahtevo po predhodni privolitvi iz člena 13(1) Direktive 2002/58, čeprav oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, po mojem mnenju nedvomno pomeni dejanje neposrednega trženja po elektronski poti, ki za razširjanje uporablja poštni predal, običajno namenjen zgolj zasebnim elektronskim sporočilom, ter ki proizvaja enake učinke in pomeni enako nadlegovanje kot neželena oglasna elektronska sporočila (spam), ki je ena od glavnih tarč te določbe.

60. Poleg tega je treba glede na cilj tehnološke nevtralnosti, ki mu, kot sem že navedel, sledi tudi zakonodajalec Unije, sprejeti široko razlago polja uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58, da bi bilo mogoče zajeti nove tehnike neposrednega trženja.

61. V odgovor na tretje in četrto vprašanje predložitvenega sodišča dodajam, da okoliščina, da je oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, prikazano v poštnem predalu naključno izbranega uporabnika, po mojem mnenju v ničemer ne preprečuje ugotovitve, da obstaja „uporaba […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58. Menim namreč, tako kot portugalska vlada, da naključna ali vnaprej določena izbira prejemnika ni pogoj za uporabo te določbe. Drugače povedano, ni pomembno, ali je zadevno oglaševanje namenjeno vnaprej določenemu in posamično identificiranemu prejemniku ali pa gre za množično in naključno razširjanje številnim prejemnikom. Pomembno je, da obstaja sporočilo s komercialnim namenom, ki neposredno in posamično prizadene enega ali več uporabnikov storitev elektronske pošte s tem, da se prikaže v poštnem predalu računa elektronske pošte teh uporabnikov.

62. Prav tako je treba v odgovor na četrto vprašanje predložitvenega sodišča pojasniti, da za opredelitev oblike oglaševanja, kot je ta v postopku v glavni stvari, kot „uporabe […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58 ni potrebna ugotovitev, da breme, naloženo uporabniku, presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno. Tako kot je razvidno iz uvodne izjave 40 te direktive, je namreč razlog za zahtevo po predhodni privolitvi iz te določbe med drugim to, da lahko neželena sporočila, opravljena zaradi neposrednega trženja, „prejemniku naloži[jo] breme oziroma mu povzroči[jo] stroške“. Ker taka

sporočila spadajo na področje uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58, je treba domnevati, da prejemniku nalagajo breme, ne da bi bilo treba ugotoviti, ali to breme presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno.

63. Iz zgornjih premislekov izhaja, da oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, po mojem mnenju spada na področje uporabe člena 13(1) Direktive 2002/58. Zato tako dejanje neposrednega trženja ni dovoljeno, če njegov prejemnik vanj ni predhodno privolil.

64. Kot sem predhodno navedel, mora iti vsaj za prostovoljno, izrecno in informirano privolitev.[19]

65. V zvezi s tem mora predložitveno sodišče preveriti, ali je bil uporabnik v postopku registracije brezplačnega naslova elektronske pošte ali ob drugi priložnosti obveščen o podrobnostih, v skladu s katerimi se razširja oglaševanje ob odprtju spletne strani, ki ustreza računu te pošte. Posebej se je treba prepričati, ali je bil ta uporabnik jasno in natančno obveščen, da se oglasne pasice ne prikazujejo le na robu in ločeno od seznama zasebnih elektronskih sporočil, ampak tudi v tem seznamu. Taka obvestitev mora navedenemu uporabniku omogočiti, da z lahkoto ugotovi posledice morebitne dane privolitve, in zagotoviti, da je ta privolitev dana ob popolni seznanjenosti z dejstvi.[20] Na tej podlagi je treba preveriti, da je ta uporabnik izrecno privolil v oglaševalski postopek, kot je ta v postopku v glavni stvari, to je, da je moral izrecno privoliti, da bo prejemal oglasna sporočila v poštni predal svojega računa elektronske pošte.[21]

66. Seveda poslovni model, po katerem delujejo številni ponudniki storitev elektronske pošte na spletu, pogosto temelji na oglaševanju. V zvezi s tem uporabnik takih storitev pristane na to, da se brezplačnost storitve na neki način kompenzira s prikazom oglasov. Vendar to ne spremeni zahteve, da mora biti za sprejemanje oglasnih sporočil, če se ta prikazujejo prav v poštnem predalu računa elektronske pošte, na podlagi člena 13(1) Direktive 2002/58 dana privolitev uporabnika takega računa.

67. Glede na zgornje ugotovitve zato Sodišču predlagam, naj predložitvenemu sodišču odgovori, da je treba člen 13(1) Direktive 2002/58 razlagati tako, da gre za „uporabo […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu te določbe, če se v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte prikazujejo oglasna sporočila v obliki, ki je podobna obliki elektronskih sporočil, in na istem mestu kot zadnjenavedena, ne da bi naključna določitev prejemnikov navedenih sporočil v tem smislu imela vpliv in ne da bi bilo treba ugotoviti, da breme, naloženo temu uporabniku, presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je navedeni uporabnik, preden so bila taka oglasna sporočila prikazana v poštnem predalu njegovega računa elektronske pošte, dal privolitev, ki je vsaj prostovoljna, izrecna in informirana.

[19] Glej točko 50 teh sklepnih predlogov.

[20] Glej med drugim sodbo z dne z dne 11. novembra 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, točka 40 in navedena sodna praksa).

[21] Kot je Sodišče navedlo v sodbi z dne 11. novembra 2020 Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „člen 2(h) Direktive 95/46 in člen 4, točka 11, Uredbe 2016/679 zahtevata ‚posebno‘ izjavo volje v smislu, da se mora nanašati prav na obdelavo zadevnih podatkov in je ni mogoče izpeljati iz izjave volje, ki ima drug cilj“ (točka 38 in navedena sodna praksa).

B. Razlaga Priloge I, točka 26, k Direktivi 2005/29

68. Predložitveno sodišče s petim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba Prilogo I, točka 26, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da prikazovanje oglasnih sporočil v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte pomeni vztrajno in nezaželeno nagovarjanje po elektronski pošti.

69. Člen 5 Direktive 2005/29 v odstavku 2 določa merila, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, ali je poslovna praksa nepoštena, v odstavku 4 pa pojasnjuje, da so nepoštene zlasti tiste poslovne prakse, ki so „zavajajoče“ v smislu členov 6 in 7 te direktive, in tiste, ki so „agresivne“ v smislu členov 8 in 9 navedene direktive. V odstavku 5 tega člena je poleg tega določeno, da Priloga I k tej direktivi „vsebuje seznam poslovnih praks, ki se štejejo za nepoštene v vseh okoliščinah“. V zvezi s tem je v uvodni izjavi 17 Direktive 2005/29 pojasnjeno, da se zaradi zagotovitve večje pravne varnosti samo prakse, naštete v Prilogi I, štejejo za nepoštene v vseh okoliščinah, ne da bi bila potrebna ocena posameznih primerov na podlagi določb iz členov od 5 do 9 te direktive.[22] Ker je seznam v Prilogi I k Direktivi 2005/29 popoln in izčrpen, je poslovno prakso iz postopka v glavni stvari mogoče opredeliti kot agresivno poslovno prakso v vseh okoliščinah v smislu te direktive, le če ustreza kateremu od primerov, naštetih v točkah od 24 do 31 te priloge.[23]

70. Med „[a]gresivnimi poslovnimi praksami“, navedenimi v tej Prilogi I, je v točki 26 navedeno „[v]ztrajno in nezaželeno nagovarjanje po telefonu, telefaksu, elektronski pošti ali drugem sredstvu za sporazumevanje na daljavo, razen v okoliščinah in v mejah, upravičenih po nacionalnem pravu, ko se izvršuje pogodbene obveznosti“.

71. Kot sem že navedel, oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, neposredno in posamično prizadene uporabnika storitve elektronske pošte, če se prikaže v poštnem predalu računa tega uporabnika tako, da je prikazano med njegovimi zasebnimi elektronskimi sporočili. Z vidika navedenega uporabnika je to oglasno sporočilo po izgledu podobno elektronskim sporočilom, ki bi mu bila posamično poslana. Tako kot navaja Komisija, je torej učinek navedenega sporočila podoben učinku individualiziranega neposrednega trženja, ne glede na to, ali je oglaševalec pri tehnični pripravi zadevnega sporočila individualiziral tega posebnega prejemnika, in ne glede na to, ali se to sporočilo obravnava, kar se tiče prostora za shranjevanje in funkcije, drugače kot elektronska sporočila.

72. Zato menim, da oglasno sporočilo, kot je to v postopku v glavni stvari, ki ima značilnosti dejanja neposrednega trženja in se za to razširja, pomeni „nagovarjanje“ uporabnikov storitev elektronske pošte, če je to sporočilo nanje neposredno in posamično naslovljeno na mestu, ki je rezervirano za njihova zasebna elektronska sporočila.

73. Glede značilnosti, ki jih mora imeti „nagovarjanje“, da bi bilo zajeto s Prilogo I, točka 26, k Direktivi 2005/29, in sicer, da mora biti „vztrajno in nezaželeno“, menim, da mora predložitveno sodišče preveriti, ali so prisotne v sporu o glavni stvari. Za namen tega preverjanja pojasnjujem, da bi moralo biti prikazovanje oglasnega sporočila, kot je to v postopku v glavni stvari, glede na opredelitev agresivne poslovne prakse iz člena 8 Direktive 2005/29 dovolj pogosto in redno, da bi ga bilo mogoče opredeliti kot „vztrajno nagovarjanje“, za kar menim, da pri sporočilu, ki se je pojavilo le trikrat, ne gre. Menim pa, da bi šlo za „nezaželeno nagovarjanje“, če bi se dokazalo, da uporabnik storitve elektronske pošte ni dal predhodne privolitve za

[22] Glej med drugim sodbo z dne 13. septembra 2018, Wind Tre in Vodafone Italia (C-54/17 in C-55/17, EU:C:2018:710, točka 40 in navedena sodna praksa).

[23] Glej sodbo z dne 12. junija 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, točka 25).

prikazovanje oglasnih sporočil v poštnem predalu svojega računa elektronske pošte. Prav tako je treba upoštevati dejstvo, da je ta uporabnik družbi eprimo 20. decembra 2016 poslal dopis v zvezi z oglasom z dne 12. decembra 2016 in tako izrecno obvestil družbo eprimo o tem, da ne želi prejemati takih oglasov.

74. Glede na vse te elemente je treba po mojem mnenju na peto vprašanje odgovoriti, da je treba pojem „vztrajno in nezaželeno nagovarjanje po […] elektronski pošti“ v smislu Priloge I, točka 26, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da lahko zajema ravnanja, kot so ta v postopku v glavni stvari, ki jih pomeni prikazovanje oglasnih sporočil v obliki, ki je podobna obliki elektronskih sporočil, in na istem mestu kot zadnjenavedena v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte. Vendar mora predložitveno sodišče po eni strani preveriti, ali je bilo prikazovanje teh oglasnih sporočil dovolj pogosto in redno, da bi ga bilo mogoče opredeliti kot „vztrajno nagovarjanje“, in po drugi strani, ali je mogoče prikazovanje navedenih sporočil opredeliti kot „nezaželeno nagovarjanje“, pri čemer mora upoštevati, ali je ta uporabnik dal predhodno privolitev k temu prikazovanju oziroma ali je izrazil nasprotovanje takemu oglaševalskemu postopku.

V. Predlog

75. Glede na zgornje preudarke Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija), odgovori:

1. Člen 13(1) Direktive 2002/58/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (Direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2009/136/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009, je treba razlagati tako, da gre za „uporabo […] elektronske pošte za namene neposrednega trženja“ v smislu te določbe, če se v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte prikazujejo oglasna sporočila v obliki, ki je podobna obliki elektronskih sporočil, in na istem mestu kot zadnjenavedena, ne da bi naključna določitev prejemnikov navedenih sporočil v tem smislu imela vpliv in ne da bi bilo treba ugotoviti, da breme, naloženo temu uporabniku, presega nadlegovanje, ki bi mu bilo povzročeno. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je navedeni uporabnik, preden so bila taka oglasna sporočila prikazana v poštnem predalu njegovega računa elektronske pošte, dal privolitev, ki je vsaj prostovoljna, izrecna in informirana.

2. Pojem „vztrajno in nezaželeno nagovarjanje po […] elektronski pošti […]“ v smislu Priloge I, točka 26, k Direktivi 2005/29 z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) je treba razlagati tako, da lahko zajema ravnanja, kot so ta v postopku v glavni stvari, ki jih pomeni prikazovanje oglasnih sporočil v obliki, ki je podobna obliki elektronskih sporočil, in na istem mestu kot zadnjenavedena v poštnem predalu uporabnika storitve elektronske pošte. Vendar mora predložitveno sodišče po eni strani preveriti, ali je bilo prikazovanje teh oglasnih sporočil dovolj pogosto in redno, da bi ga bilo mogoče opredeliti kot vztrajno „nagovarjanje“, in po drugi strani, ali je mogoče prikazovanje navedenih sporočil opredeliti kot „nezaželeno“ nagovarjanje, pri čemer mora upoštevati, ali je ta uporabnik dal predhodno privolitev k temu prikazovanju oziroma ali je izrazil nasprotovanje takemu oglaševalskemu postopku.