Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
JEAN RICHARD DE LA TOUR
prednesené 24. júna 2021 [1]

Vec C-102/20

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

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Bundesgerichtshof (Spolkový súdny dvor, Nemecko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Smernica 2002/58/ES – Spracúvanie osobných údajov a ochrana súkromia v sektore elektronických komunikácií – Reklamná správa zaradená do schránky doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby – Článok 2 druhý odsek písm. h) – Pojem ‚elektronická pošta' – Článok 13 ods. 1 – Pojem ‚používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy' – Smernica 2005/29/ES – Nekalé obchodné praktiky – Bod 26 prílohy I – Pojem ‚vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí elektronickou poštou'"

I. Úvod

1. Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článku 2 druhého odseku písm. h) a článku 13 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002, týkajúcej sa spracovávania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (smernica o súkromí a elektronických komunikáciách) [2], zmenenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2009/136/ES z 25. novembra 2009 [3] (ďalej len „smernica 2002/58"), ako aj prílohy I bodu 26 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, a ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách") [4].

2. Tento návrh bol podaný v rámci sporu medzi spoločnosťami StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegniz GmbH (ďalej len „StWL") a eprimo GmbH, ktoré dodávajú koncovým zákazníkom elektrickú energiu, týkajúceho sa zlučiteľnosti vnútroštátnej právnej úpravy v oblasti nekalej

[1] Jazyk prednesu: francúzština.

[2] Ú. v. ES L 201, 2002, s. 37; Mim. vyd. 13/029, s. 514.

[3] Ú. v. EÚ L 337, 2009, s. 11.

[4] Ú. v. EÚ L 149, 2005, s. 22.

súťaže s právom Únie, vo veci reklamnej činnosti vykonávanej spoločnosťou Interactive Media CCSP GmbH (ďalej len „Interactive Media“) na žiadosť spoločnosti eprimo, ktorá pozostáva v zobrazovaní reklamných správ v e-mailovej schránke užívateľov bezplatnej e-mailovej služby T-Online.

3. Technický postup reklamy vo veci samej je zložité kvalifikovať, keďže sa na jednej strane odlišuje od technického modelu e-mailov a na druhej strane sa podobá – takým spôsobom, že u príjemcu môže dôjsť k omylu – na nevyžiadaný e-mail (spam), na ktorý je zameraný predmet ochrany stanovený najmä v článku 13 ods. 1 smernice 2002/58.

4. V týchto návrhoch v prvom rade navrhnem, aby Súdny dvor rozhodol, že článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 sa má vykladať v tom zmysle, že „používanie elektronickej pošty na účely na účely priamej reklamy“ v zmysle tohto ustanovenia predstavuje zobrazenie reklamnej správy v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby vo forme, ktorá je podobná e-mailom a na tom istom mieste ako tieto e-maily, keďže náhodné určenie príjemcov týchto správ nemá v tejto súvislosti žiaden vplyv a bez toho, aby bolo potrebné konštatovať, že zaťažovanie tohto užívateľa prekračuje rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené. Vnútroštátnemu súdu prislúcha overiť, či tento užívateľ dal súhlas, ktorý bol prinajmenšom slobodný, konkrétny a informovaný, pred zobrazením týchto reklamných správ v schránke doručených správ jeho e-mailového účtu.

5. Po druhé navrhnem, aby Súdny dvor rozhodol, že pojem „vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí… elektronickou poštou…“ v zmysle prílohy I bodu 26 smernice 2005/29 treba vykladať v tom zmysle, že môže zahŕňať konania, o aké ide vo veci samej, pozostávajúce v zobrazení reklamných správ v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby vo forme, ktorá je podobná forme e-mailov, a na rovnakom mieste ako tieto e-maily. Vnútroštátnemu súdu však prislúcha na jednej strane overiť, či zobrazenie týchto reklamných správ malo dostatočne častý a pravidelný charakter, aby mohlo byť kvalifikované ako „vytrvalé vykonávanie žiadostí“, a na druhej strane, či zobrazenie týchto správ možno kvalifikovať ako „vykonávanie nechcených žiadostí“, vezmúc do úvahy, či existuje alebo neexistuje súhlas daný týmto užívateľom pred ich zobrazením, ako aj namietnutie voči tomuto reklamnému postupu vyjadrené daným užívateľom.

II. Právny rámec

A. Právo Únie

1. Smernica 2002/58

6. Odôvodnenia 4 a 40 smernice 2002/58 stanovujú:

„(4) Smernica Európskeho parlamentu a Rady 97/66/ES z 15. decembra 1997 o spracovaní osobných údajov a ochrane súkromia v telekomunikačnom sektore [5] transformovala princípy stanovené v smernici 95/46/ES [smernica Európskeho parlamentu a Rady z 24. októbra 1995 o ochrane fyzických osôb pri spracovaní osobných údajov a voľnom

5 Ú. v. ES L 24, 1998, s. 1.

pohybe týchto údajov[6],] do špecifických pravidiel pre telekomunikačný sektor. Smernica 97/66/ES sa musí prispôsobiť vývoju na trhoch a technológiám elektronických komunikačných služieb, aby sa zabezpečila rovnaká úroveň ochrany osobných údajov a súkromia pre užívateľov verejne dostupných elektronických komunikačných služieb, bez ohľadu na používané technológie. Uvedená smernica by sa preto mala zrušiť a nahradiť touto smernicou.

…

(40) Účastníkom by mala byť poskytnutá ochrana proti narušeniu ich súkromia nevyžiadanými správami na účely priamej reklamy, najmä prostriedkami automatických volacích zariadení, telefaxov, emailov, vrátane správ sms. Tieto formy nevyžiadaných komerčných správ môžu na jednej strane byť posielané relatívne ľahko a lacno a na druhej strane môžu zaťažovať a/alebo znamenať náklady pre príjemcu. Okrem toho v niektorých prípadoch ich objem môže tiež spôsobiť ťažkosti pre elektronické komunikačné siete a koncové zariadenia. U takých foriem nevyžiadaných správ priamej reklamy je oprávnené požadovať, aby sa pred odoslaním získal predchádzajúci výslovný súhlas príjemcu. Jednotný trh si vyžaduje harmonizovaný prístup k zabezpečeniu jednoduchých pravidiel pre podniky a užívateľov platných v [celej Únii].“

7. Článok 2 smernice 2002/58 s názvom „Definície“ stanovuje:

„Pokiaľ nie je stanovené inak, platia definície v smernici 95/46/ES a v smernici Európskeho parlamentu a Rady 2002/21/ES zo 7. marca 2002 o spoločnom regulačnom rámci pre elektronické komunikačné siete a služby (rámcová smernica) [7].

Platia aj tieto definície:

…

d) ‚správa‘ znamená akékoľvek informácie vymieňané alebo prenášané medzi konečným počtom účastníkov pomocou verejne dostupnej elektronickej komunikačnej služby. Toto nezahŕňa akékoľvek informácie prenášané ako časť rozhlasových služieb pre verejnosť v elektronickej komunikačnej sieti, pokiaľ sa informácie nemôžu spájať s identifikovateľným účastníkom alebo užívateľom prijímajúcim informácie;

…

f) ‚súhlas‘ užívateľa alebo účastníka zodpovedá súhlasu dátového subjektu v súlade so smernicou [95/46[8]];

…

6 Ú. v. ES L 281, 1995, s. 31; Mim. vyd. 13/015, s. 355.

7 Ú. v. ES L 108, 2002, s. 33.

8 Podľa článku 2 písm. h) smernice 95/46 „súhlas osoby pracujúcej s údajmi“ znamená „slobodne poskytnutú a informovanú indikáciu jeho prianí, ktorou osoba pracujúca s údajmi prejaví svoj súhlas, aby sa osobné údaje, ktoré sa ho týkajú, spracovali“. Táto smernica bola zrušená s účinnosťou k 25. máju 2018 nariadením Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov) (Ú. v. EÚ L 119, 2016, s. 1), ktorého článok 4 bod 11 definuje „súhlas“ dotknutej osoby“ ako „akýkoľvek slobodne daný, konkrétny, informovaný a jednoznačný prejav vôle dotknutej osoby, ktorým formou vyhlásenia alebo jednoznačného potvrdzujúceho úkonu vyjadruje súhlas so spracúvaním osobných údajov, ktoré sa jej týka“. Podľa článku 94 ods. 2 tohto nariadenia s názvom „Zrušenie smernice [95/46]“ „odkazy na zrušenú smernicu sa považujú za odkazy na toto nariadenie …“.

h) ‚elektronická pošta' znamená každú textovú, hlasovú, zvukovú alebo obrazovú správu posielanú cez elektronickú komunikačnú sieť, ktorá môže byť uložená v sieti alebo v koncovom zariadení príjemcu, až kým si ju príjemca nevyvolá [neprevezme – *neoficiálny preklad*];

…“

8. Článok 13 smernice 2002/58 s názvom „Nevyžiadané správy“ stanovuje:

„1. Používanie automatických volacích a komunikačných systémov bez ľudského zásahu (automatické volacie zariadenia), faxov alebo elektronickej pošty na účely priamej reklamy sa môže povoliť len s predchádzajúcim súhlasom účastníkov alebo užívateľov.

2. Bez ohľadu na odsek 1, keď fyzická alebo právnická osoba získa od zákazníkov ich elektronické kontaktné údaje pre elektronickú poštu v súvislosti s predajom produktu alebo služby, a v súlade so smernicou 95/46/ES tá istá fyzická alebo právnická osoba môže použiť tieto elektronické kontaktné údaje na priamu reklamu vlastných podobných produktov alebo služieb za predpokladu, že zákazníkom bola jasne a jednoznačne poskytnutá možnosť bezplatne a jednoduchým spôsobom namietať voči takémuto použitiu elektronických kontaktných údajov v čase ich zberu a pri každej správe v prípade, že zákazník také použitie predtým neodmietol.

3. Členské štáty prijmú vhodné opatrenia na zabezpečenie toho, aby nevyžiadané správy na účely priamej reklamy v iných prípadoch, než je uvedené v odsekoch 1 a 2, neboli povolené buď bez súhlasu dotknutých účastníkov alebo užívateľov, alebo aby neboli povolené v prípade účastníkov alebo užívateľov, ktorí si prijímanie takýchto správ neželajú, pričom vo vnútroštátnych právnych predpisoch sa zvolí jedna z týchto možností so zreteľom na to, že obe musia byť pre účastníka alebo užívateľa bezplatné.

4. V každom prípade je zakázaná prax posielania elektronickej pošty na účely priamej reklamy, pri ktorej sa skrýva alebo zatajuje totožnosť odosielateľa, v mene ktorého sa správa odosiela, alebo ktorá je v rozpore s článkom 6 smernice 2000/31/ES [Európskeho parlamentu a Rady z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode)[9]], alebo pri ktorej chýba adresa, na ktorú môže príjemca poslať žiadosť o zastavenie takých správ, alebo ktorá príjemcov nabáda, aby navštívili internetové stránky, čo je v rozpore s uvedeným článkom.

…“

2. Smernica 2005/29

9. Odôvodnenie 17 smernice 2005/29 stanovuje:

„Je žiaduce, aby tie obchodné praktiky, ktoré sú za každých okolností nekalé, boli identifikované, aby sa poskytla väčšia právna istota. Príloha I preto obsahuje úplný výpočet všetkých týchto praktík. Toto sú jediné obchodné praktiky, ktoré môžu byť považované za nekalé bez toho, aby boli jednotlivo posudzované podľa ustanovení článkov 5 až 9. Tento výpočet môže byť upravený len novelizáciou tejto smernice.“

[9] Ú. v. ES L 178, 2000, s. 1; Mim. vyd. 13/025, s. 399.

10. Článok 5 smernice 2005/29 stanovuje:

„1. Nekalé obchodné praktiky sú zakázané.

2. Obchodná praktika je nekalá, ak:

a) je v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti,

a

b) podstatne narušuje alebo je spôsobilá podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, ku ktorému sa dostane alebo ktorému je adresovaná, alebo priemerného člena skupiny, ak je obchodná praktika orientovaná na určitú skupinu spotrebiteľov.

…

4. Za nekalé obchodné praktiky sa považujú najmä tie, ktoré:

a) sú klamlivé v zmysle článkov 6 a 7,

alebo

b) sú agresívne v zmysle článkov 8 a 9.

5. Príloha I obsahuje výpočet tých obchodných praktík, ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé. Ten istý jediný výpočet sa uplatňuje vo všetkých členských štátoch a môže byť upravený iba novelizáciou tejto smernice.“

11. Článok 8 smernice 2005/29 stanovuje:

„Obchodná praktika sa považuje za agresívnu, ak v skutkovej súvislosti, berúc do úvahy všetky jej črty a okolnosti, obťažovaním, nátlakom vrátane použitia fyzickej sily alebo neprimeraným vplyvom podstatne zhoršuje alebo je spôsobilá významne zhoršiť slobodu výberu alebo správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, a tým zapríčiňuje alebo môže zapríčiniť, že spotrebiteľ urobí rozhodnutie o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil.“

12. Príloha I tejto smernice stanovuje zoznam „obchodn[ých] prakt[ík], ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé“. Medzi „agresívne obchodné praktiky“ sa v bode 26 uvádza „vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí telefonicky, faxom, elektronickou poštou alebo inými diaľkovými médiami, okrem prípadov a v rozsahu odôvodnenom podľa vnútroštátneho práva na účely vymáhania zmluvného záväzku. Toto platí bez toho, aby bol[i] dotknut[é]… smernice [95/46] a [2002/58].“

B. Nemecké právo

13. § 3 ods. 1 a 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zákona proti nekalej súťaži)[10] z 3. júla 2004 v znení uplatniteľnom na spor vo veci samej stanovuje:

„.1. Nekalé obchodné praktiky sú zakázané.

2. Obchodné praktiky, ktoré sú určené spotrebiteľom alebo ktoré sa k nim dostanú, sú nekalé, pokiaľ nie sú v súlade so starostlivosťou, ktorá sa od podnikateľov vyžaduje a pokiaľ môžu podstatne ovplyvniť hospodárske správanie spotrebiteľa.

…“

14. § 5a ods. 6 UWG stanovuje:

„Nekalej obchodnej praktiky sa dopustí každý, kto neuvedie skutočný obchodný účel obchodnej praktiky, ak už nie je zrejmý z kontextu a ak absencia tejto informácie môže viesť spotrebiteľa k prijatiu rozhodnutia o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil.“

15. § 7 ods. 1 a 2 UWG stanovuje:

„1. Obchodné praktiky, ktoré spôsobujú neprijateľné obťažovanie účastníka trhu, sú zakázané. To sa uplatňuje predovšetkým na reklamu vykonanú napriek tomu, že je zrejmé, že tento účastník trhu si ju neželá.

2. Neprijateľné obťažovanie treba predpokladať vždy:

(1) v prípade reklamy zahŕňajúcej používanie prostriedku obchodnej komunikácie na diaľku uvedeného v bodoch 2 a 3, ktorý je opakovane cielený na spotrebiteľa napriek tomu, že si to zjavne neželá;

…

(3) v prípade reklamy zahŕňajúcej používanie volacieho automatu, faxu alebo elektronickej pošty bez predchádzajúceho výslovného súhlasu príjemcu, alebo

(4) v prípade reklamy vo forme správy

a) pri poslaní ktorej sa skrýva alebo zatajuje totožnosť odosielateľa, v mene ktorého sa správa odosiela…

…“

16. Podľa § 8 UWG:

„1. Voči osobe, ktorá sa dopustí zakázanej obchodnej praktiky v zmysle § 3 alebo 7, možno podať žalobu na odstránenie protiprávneho stavu a v prípade rizika opakovania aj žalobu na zdržanie sa nedovoleného konania. Právo podať žalobu o zdržanie sa nedovoleného konania existuje už v prípade hrozby takejto praktiky odporujúcej § 3 alebo 7.

[10] BGBl. 2004 I, s. 1414, ďalej len „UWG“.

2. Pokiaľ k porušeniam spáchaným v podniku došlo konaním zamestnanca alebo poverenej osoby, žalobu na zdržanie sa konania a žalobu na odstránenie protiprávneho stavu možno podať aj voči majiteľovi podniku.

3. Právo podľa odseku 1 si môžu uplatniť:

(1) ktorýkoľvek konkurent;

…“

III. Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

17. StWL a eprimo sú dvaja konkurenční dodávatelia elektrickej energie. Reklamná agentúra Interactive Media na žiadosť spoločnosti eprimo zaslala reklamné správy do e-mailových schránok užívateľov bezplatnej e-mailovej služby T-Online.

18. Reklamné správy uvádzajúce, že so spoločnosťou eprimo „ušetríte viac“, sa zobrazili v súkromnej e-mailovej schránke užívateľa služby T-Online a presnejšie v jeho schránke doručených e-mailov, teda na mieste, kde sú e-maily uvedené vo forme zoznamu, zaradením medzi doručené e-maily. Na rozdiel od týchto e-mailov sa reklama s poznámkou „oznam“ objavila na sivom podklade a nebol na nej uvedený dátum ani odosielateľ, nebolo ju možné archivovať alebo odoslať a nebolo ani možné odpovedať na ňu pomocou funkcií, ktoré poskytovateľ e-mailovej služby určil pre e-maily. Navyše nebola zahrnutá do počtu neprečítaných e-mailov a nezaberala miesto v pamäti e-mailovej schránky. Tento užívateľ zaslal 20. decembra 2016 výzvu spoločnosti eprimo týkajúcu sa reklamy z 12. decembra 2016 a výslovne tým prejavil voči spoločnosti eprimo svoju vôľu, že nechce viac dostávať takéto reklamy. Reklamy toho istého typu sa však objavili v jeho e-mailovej schránke 13. a 15. januára 2017.

19. Reklamné správy, o ktoré ide v spore vo veci samej, sa zobrazujú v e-mailovej schránke náhodne vybratých užívateľov elektronickej komunikačnej služby. Pri otvorení internetovej stránky zodpovedajúcej e-mailovému účtu sa prevádzkovateľovi reklamného servera zašle požiadavka (AdRequest) a ten následne pošle príslušné parametre internetovému prehliadaču užívateľa, v dôsledku čoho sa v e-mailovej schránke jeho účtu zobrazí reklamný baner vybraný náhodným spôsobom. Ak užívateľ klikne na zobrazenú reklamu, táto požiadavka sa najprv odošle reklamnému serveru, ktorý ju zaregistruje a presmeruje prehliadač na stránku inzerenta.

20. Landgericht Nürnberg-Fürth (Krajinský súd Norimberg-Fürth, Nemecko), na ktorý sa obrátila StWL, ktorá túto reklamnú metódu považovala sa odporujúcu právu hospodárskej súťaže v rozsahu, v akom predstavovala neprijateľné obťažovanie a bola klamlivá, nariadil spoločnosti eprimo, aby v obchodnom styku a na účely súťaže prestala v súvislosti s predajom elektrickej energie inzerovať koncovým spotrebiteľom reklamu na e-mailovom účte T-online.

21. Odvolaniu, ktoré eprimo podala na Oberlandesgericht Nürnberg (Vyšší krajinský súd Norimberg, Nemecko), bolo vyhovené, keďže tento súd sa domnieval, že namietané zobrazovanie reklamy v schránke doručených správ užívateľa e-mailovej služby nebolo z hľadiska práva hospodárskej súťaže zakázanou obchodnou praktikou.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (Vyšší krajinský súd Norimberg) na jednej strane rozhodol, že predmetná reklama nepredstavovala neprijateľné obťažovanie zahŕňajúce používanie elektronickej pošty v zmysle § 7 ods. 2 bodu 3 UWG, keďže túto reklamu nebolo možné považovať za elektronickú poštu v zmysle tohto ustanovenia. V každom prípade uvedená reklama nespôsobila užívateľovi e-mailovej služby poplatky alebo náklady, ktoré by šli nad rámec „normálneho“ obťažovania spôsobovaného každou reklamou, čiže neviedla k neprijateľnému obťažovaniu v zmysle všeobecného ustanovenia § 7 ods. 1 prvej vety UWG, najmä vzhľadom na bezplatnosť elektronickej komunikačnej služby.

23. Tento súd na druhej strane rozhodol, že predmetná reklama nebola zakázaná pri uplatnení § 7 ods. 2 bodu 4 písm. a) UWG, keďže nejde o reklamu vo forme správ. Ani § 7 ods. 2 bod 1 UWG nebol uplatniteľný, keďže predpokladá „vykonávanie žiadosti“ v zmysle správania obťažujúceho spotrebiteľa, ktoré v danom prípade chýba. Napokon predmetné reklamy nebolo možné považovať za nekalé z dôvodu, že boli klamlivé v zmysle § 5a ods. 6 UWG, keďže neskrývali svoj reklamný charakter.

24. Bundesgerichtshof (Spolkový súdny dvor, Nemecko), na ktorý StWL podala opravný prostriedok „Revision“, sa domnieva, že jeho odpoveď na otázku, či existuje právo na ukončenie predmetnej praktiky, závisí od výkladu článku 2 druhého odseku písm. d) a h) a článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, ako aj prílohy I bodu 26 smernice 2005/29 a pojmov „elektronická pošta“, „používanie“ a „vykonávanie žiadostí“.

25. Podľa vnútroštátneho súdu by totiž správanie vytýkané spoločnosti eprimo mohlo byť zakázané pri uplatnení § 7 ods. 2 bodu 3 UWG, ktorý preberá článok 13 ods. 1 smernice 2002/58. Uvádza, že je tiež možné, že reklama je zakázaná podľa § 7 ods. 2 bodu 1 UWG, ktorý preberá prílohu I bod 26 smernice 2005/29.

26. Po prvé, pokiaľ ide o časť týkajúcu sa uplatnenia § 7 ods. 2 bodu 3 UWG, ktorý preberá článok 13 ods. 1 smernice 2002/58, vnútroštátny súd sa od Súdneho dvora snaží získať objasnenie pojmov „elektronická pošta“ a jej „používanie“ na účely priamej reklamy.

27. Na účely určenia, či predmetná reklama patrí pod pojem elektronická pošta, vnútroštátny súd najprv konštatuje, že správa, ktorá bola poslaná v reálnom čase využitím reklamného servera do schránky doručených správ e-mailového účtu v dôsledku otvorenia tejto internetovej stránky užívateľom prostredníctvom jeho prihlásenia sa a bola zobrazená na tejto stránke, kde si ju mohol tento užívateľ prečítať, predstavuje „správu“ v zmysle článku 2 druhého odseku písm. d) smernice 2002/58. Domnieva sa, že treba overiť, či takú reklamnú správu, o akú ide vo veci samej, možno kvalifikovať ako „elektronickú poštu“ v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) tejto smernice.

28. V tejto súvislosti sa pýta na kritérium poslania správy uvedené v tomto ustanovení. Reklama v e-mailovej schránke totiž nie je prenášaná od jedného užívateľa služby elektronickej pošty druhému užívateľovi, ale je zobrazená reklamnými servermi po otvorení e-mailového účtu v schránke doručených správ určenej na tento účel, a to náhodne vybranému užívateľovi. Pri uplatnení kritérií tradičnej pošty by teda nemuselo ísť o „poslanie“ správy, na základe čoho by reklama zobrazená v tejto schránke nemohla byť kvalifikovaná ako elektronická pošta. Vnútroštátny súd sa však pýta, či by cieľ ochrany súkromia užívateľa stanovený v odôvodnení 40 a sledovaný článkom 13 ods. 1 smernice 2002/58 nemohol svedčiť v prospech funkčného, a nie technického prístupu k definícii „poslania“. Tento cieľ by mohol odôvodniť výklad pojmu

„poslanie“, ktorý sa nezakladá na tradičných formách elektronickej komunikácie, to znamená v zmysle zaslania správy jedným užívateľom druhému vopred určenému užívateľovi, ale funkčným spôsobom v zmysle šírenia správ.

29. Vnútroštátny súd sa okrem toho pýta na definíciu pojmu „prevzatie“ stanoveného v článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58. Tento súd vysvetľuje, že z daného ustanovenia vykladaného spolu s odôvodnením 27 tejto smernice [11] by mohlo vyplývať, že prevzatie správy predpokladá zámerné správanie príjemcu, ktorý otvorením svojho e-mailového účtu prejaví svoju vôľu, aby mu bola zobrazená a doručená jeho pošta uložená na serveri e-mailovej služby, zatiaľ čo v prípade predmetnej reklamy, ktorá je uložená na reklamnom serveri kontrolovanom spoločnosťou, ktorá ich posiela, užívateľ musí iba otvoriť elektronickú komunikačnú službu a reklamný baner sa zobrazí v reálnom čase bez toho, aby si užívateľ internetu uvedomil tento proces a mohol na základe svojho vedomého rozhodnutia súhlasiť alebo nesúhlasiť s týmto zobrazením. Čiže prevzatie správ stanovené v článku 2 druhom odseku písm. h) smernice 2002/58 by si vyžadovalo úkon užívateľa na účely prenosu správy, zvyčajne zo servera poskytovateľa služby. Vnútroštátny súd sa však domnieva, že článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 ukladá povinnosť chrániť užívateľa proti nevyžiadaným reklamných správam a v dôsledku toho vedie k záveru, že otvorenie e-mailového účtu na internete stačí na to, aby predstavovalo konečný úkon prevzatia správy.

30. Vnútroštátny súd okrem toho uvádza, že pred vložením spornej reklamy do e-mailovej schránky, ku ktorému došlo pripojením sa k sieti, bola táto reklama uložená na reklamnom serveri, a teda v sieti. Podľa neho z odôvodnenia 27 smernice 2002/58 nie je možné vyvodiť, že elektronická pošta sa týka iba správ, ktoré sú uložené na serveri samotného poskytovateľa služieb.

31. Vnútroštátny súd sa tiež pýta, či ide o „elektronickú poštu“ v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, pokiaľ správa nie je poslaná individuálnemu príjemcovi, ktorý je konkrétne určený už pred prenosom, ale zobrazí sa tak ako v prejednávanom prípade náhodným spôsobom. Vnútroštátny súd v tomto smere uvádza, že sporná reklama bola zaslaná náhodne zákazníkom bezplatnej e-mailovej služby bez toho, aby bola možná predchádzajúca komunikácia týkajúca sa súhlasu zákazníka. Domnieva sa, že z požiadavky predchádzajúceho súhlasu stanoveného týmto ustanovením nie je možné vyvodiť, že všetky formy priamej reklamy cez komunikačné siete sú povolené, keď súhlas užívateľov elektronickej komunikačnej služby nemožno získať pred zobrazením reklamy, a to z dôvodu technických postupov používaných inzerentom.

32. Vnútroštátny súd sa navyše domnieva, že treba definovať pojem „používanie“ elektronickej pošty v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 a pýta sa, či na účely zaradenia pod tento pojem musí „zaťažovanie“ [12] užívateľa prekročiť rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené. V tejto súvislosti konštatuje, že vzhľadom na to, že predmetná reklama má formu e-mailu a je preto viditeľnejšia ako reklama mimo e-mailovej schránky, obťažovanie je výraznejšie než v prípade reklamy zobrazovanej na okraji e-mailovej schránky a že za týchto podmienok nemôže byť splnený cieľ ochrany súkromia užívateľov.

33. Po druhé, pokiaľ ide o časť týkajúcu sa uplatnenia § 7 ods. 2 bodu 1 UWG, ktorý preberá prílohu I bod 26 smernice 2005/29, vnútroštátny súd sa domnieva, že je potrebné spresniť kritériá „vykonávania žiadostí“ v zmysle tohto ustanovenia. Podľa tohto súdu je vykonávanie žiadostí

[11] Podľa tohto odôvodnenia „presný čas dokončenia prenosu správy, po ktorom by mali byť prevádzkové dáta vymazané, s výnimkou údajov na účely fakturácie, môže závisieť na type elektronickej komunikačnej služby, ktorá sa poskytuje.... U elektronickej pošty je prenos dokončený hneď potom, čo si adresát prevezme správu, zvyčajne zo servera jeho poskytovateľa služby“.

[12] Pozri odôvodnenie 40 smernice 2002/58.

vylúčené, pokiaľ je správa určená širokej verejnosti. Predpokladá naopak reklamu cielene adresovanú individuálnemu zákazníkovi. Vnútroštátny súd sa v tejto súvislosti pýta, či na účely toho, aby cielená individuálna reklama spĺňala kritériá vykonávania žiadosti treba, aby bol zákazník kontaktovaný prostredníctvom tradičného prostriedku individuálnej komunikácie medzi odosielateľom a príjemcom, ako je telefón, fax alebo elektronická pošta, alebo či stačí, aby tak ako v prejednávanej veci bol vzťah s užívateľom preukázaný zobrazením reklamy v e-mailovej schránke jeho e-mailového účtu, teda v schránke, v ktorej očakáva prijatie správ, ktoré sú mu individuálne určené.

34. Podľa vnútroštátneho súdu v miere, v akej reklama vložená do tejto schránky doručenej pošty spôsobuje užívateľovi výraznejšie obťažovanie, než je obťažovanie vyvolané tradičnými reklamnými banermi, ktoré tým, že sa zobrazujú na plochách internetovej stránky, ktoré sú na tento účel zvyčajne určené, nemajú rovnaký individuálny charakter, je pravdepodobne dotknutý aj cieľ ochrany sledovaný prílohou I bodom 26 smernice 2005/29.

35. Vnútroštátny súd sa okrem toho domnieva, že ostatné podmienky praktiky zakázanej týmto ustanovením sú splnené. V tejto súvislosti uvádza, že voči užívateľovi elektronickej komunikačnej služby boli žiadosti vykonané celkovo trikrát, to znamená opakovane, a teda vytrvalo, prostredníctvom reklamy zaslanej do schránky doručených správ jeho e-mailovej schránky. Táto reklama bola nechcená v miere, v akej tento užívateľ výslovne vyjadril spoločnosti eprimo svoju vôľu, že nechce dostávať reklamné správy, o aké ide vo veci samej.

36. Bundesgerichtshof (Spolkový súdny dvor, Nemecko) za týchto podmienok rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Je pojem posielanie v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58/ES splnený, ak správu nepošle užívateľ elektronickej komunikačnej služby inému užívateľovi prostredníctvom poskytovateľa služby na elektronickú ‚adresu' druhého užívateľa, ale po otvorení internetovej stránky e-mailového účtu, ktorá je chránená heslom, ju reklamné servery automatizovaným spôsobom zobrazia na určitých miestach, ktoré sú na to určené, v schránke doručených e-mailových správ náhodne vybratého užívateľa (reklama zobrazovaná v schránke doručených správ)?

2. Vyžaduje prevzatie správy v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58/ES, aby príjemca po tom, čo sa dozvie o existencii správy, zámernou žiadosťou o prevzatie dal podnet na prenos dát obsiahnutých v správe, ktorý je z programovo-technického hľadiska vopred určený, alebo stačí, ak sa správa zobrazí v schránke doručených správ e-mailového účtu v dôsledku toho, že užívateľ otvorí internetovú stránku svojho e-mailového účtu, ktorá je chránená heslom?

3. Ide o elektronickú poštu v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58/ES aj vtedy, keď sa správa nepošle individuálnemu príjemcovi, ktorý je konkrétne určený už pred prenosom, ale sa zobrazí v schránke doručených správ užívateľa, ktorý bol vybratý náhodným spôsobom?

4. Ide o používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58/ES len vtedy, keď sa konštatuje, že záťaž uložená užívateľovi prekračuje rámec obťažovania, ktoré mu bolo spôsobené?

5. Ide o individuálnu reklamu, ktorá spĺňa podmienky ‚vykonávania žiadostí' v zmysle bodu 26 prvej vety prílohy I smernice 2005/29/ES, len vtedy, keď je zákazník kontaktovaný pomocou média, ktoré sa obvykle používa na individuálnu komunikáciu medzi odosielateľom a príjemcom, alebo stačí, ak – tak ako v prípade reklamy, o ktorú ide v prejednávanej veci – sa vytvorí individuálna súvislosť tým, že reklama sa zobrazí v schránke doručených správ súkromného e-mailového účtu, a teda v časti, v ktorej zákazník očakáva správy, ktoré sú mu individuálne určené?"

37. Interactive Media a eprimo, portugalská vláda a Európska komisia predložili písomné pripomienky. StWL, Interactive Media, eprimo a Európska komisia odpovedali v stanovenej lehote na písomné otázky položené Súdnym dvorom.

IV. Analýza

38. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania vyzýva Súdny dvor k tomu, aby rozhodol, či a prípadne za akých podmienok možno považovať za zlučiteľnú s relevantnými ustanoveniami smernice 2002/58 a smernice 2005/29 praktiku, pri ktorej sú reklamné správy zobrazované v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby, ktorá je tomuto užívateľovi poskytovaná bezplatne a ktorá je financovaná reklamou platenou inzerentmi.

39. Ako vyplýva z prílohy I bodu 26 smernice 2005/29, zákaz „vykonávani[a] vytrvalých a nechcených žiadostí telefonicky, faxom, elektronickou poštou alebo inými diaľkovými médiami, okrem prípadov a v rozsahu odôvodnenom podľa vnútroštátneho práva na účely vymáhania zmluvného záväzku" sa uplatňuje bez toho, aby boli dotknuté pravidlá stanovené najmä v smernici 2002/58. Tak ako to navrhuje Súdnemu dvoru vnútroštátny súd, teda postupne preskúmam otázky týkajúce sa na jednej strane výkladu smernice 2002/58 a na druhej strane výkladu smernice 2005/29.

A. O výklade relevantných ustanovení smernice 2002/58

40. Vnútroštátny súd svojou prvou a druhou otázkou v podstate žiada Súdny dvor, aby rozhodol, či sú kritériá, ktoré umožňujú definovať elektronickú poštu v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58, splnené v prípade reklamnej správy, ktorá sa zobrazuje v schránke doručených správ e-mailového účtu užívateľa elektronickej komunikačnej služby. Presnejšie sa pýta, či správu možno považovať za „poslanú" v zmysle tohto ustanovenia, pokiaľ nie je poslaná týmto užívateľom inému užívateľovi prostredníctvom poskytovateľa služieb na elektronickú adresu tohto druhého užívateľa, ale je automaticky zobrazená v dôsledku otvorenia internetovej stránky e-mailového účtu chráneného heslom v schránke doručených správ náhodne vybratého užívateľa. Vnútroštátny súd sa tiež pýta, či je na účely toho, aby sa správa mohla považovať za „prevzatú" v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58, potrebné, aby užívateľ úmyselne potvrdil prenos dát predmetnej správy, alebo či stačí, aby sa táto správa zobrazila v schránke doručených správ v nadväznosti na otvorenie internetovej stránky e-mailového účtu chráneného heslom.

41. Vnútroštátny súd svojou treťou a štvrtou otázkou žiada o výklad pojmu „používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy" v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58. Presnejšie sa svojou treťou otázkou snaží zistiť, či ide o „elektronickú poštu" v zmysle tohto ustanovenia, pokiaľ správa nie je poslaná príjemcovi individuálne určenému pred prenosom, ale je vložená do schránky doručených správ náhodne vybratého užívateľa. Vnútroštátny súd sa

okrem toho pýta, či je „používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy“ v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 preukázané len vtedy, keď sa zistí zaťažovanie užívateľa, ktoré prekračuje rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené.

42. Podľa článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58 je elektronická pošta definovaná ako „každá textová, hlasová, zvuková alebo obrazová správa“. Tento prvok definície nevznáša diskusiu v rámci prejednávanej veci a je určite splnený v rámci reklamnej správy, o akú ide vo veci samej.

43. Po tomto spresnení musia byť splnené tri ďalšie kritériá na účely toho, aby mohla byť správa kvalifikovaná ako „elektronická pošta“ v zmysle tohto ustanovenia. Po prvé správa musí byť „posielaná cez elektronickú komunikačnú sieť“. Po druhé musí ísť o správu, ktorá môže „byť uložená v sieti alebo v koncovom zariadení príjemcu“. Po tretie túto správu si jej príjemca musí môcť prevziať.

44. Stretávajú sa tu dve tézy v súvislosti s otázkou, či reklamná správa, o akú ide vo veci samej, spĺňa tieto tri kritériá, či už všetky alebo len časť z nich.

45. Podľa tézy odporujúcej kvalifikácii ako „elektronickej pošty“, zastávanej spoločnosťami eprimo a Interactive Media reklamná správa, ktorá sa zobrazí náhodným spôsobom v schránke doručených správ e-mailového účtu, nemôže byť považovaná za poslanú, uloženú a prevzatú v súlade s tým, čo vyžaduje článok 2 druhý odsek písm. h) smernice 2002/58. Tvrdenia uvádzané na podporu tejto tézy sa zakladajú na myšlienke, podľa ktorej táto správa nemá znaky vlastné bežnému e-mailu. Po prvé nie je predmetom poslania jedným užívateľom druhému užívateľovi, ale sa len dočasne a automaticky zobrazuje v schránke doručených správ náhodne vybraných užívateľov. Po druhé reklamná správa, o akú ide vo veci samej, nie je uložená v sieti alebo v koncovom zariadení príjemcu. Po tretie táto správa nie je prevzatá príjemcom, pretože to by predpokladalo vedomé správanie zo strany príjemcu smerujúce k prečítaniu si špecifickej správy tým, že si ju vyberie.

46. Téza smerujúca v prospech kvalifikácie „reklamnej správy“, o akú ide vo veci samej, ako elektronickej pošty, ktorú zastáva vnútroštátny súd a čiastočne portugalská vláda, sa zakladá na potrebe zohľadniť funkčný výklad pojmu „elektronická pošta“ na účely dosiahnutia cieľa ochrany súkromia užívateľov elektronických komunikačných služieb. Tento výklad má za následok, že každé z kritérií tohto pojmu musí byť posúdené flexibilným spôsobom. Reklamná správa, ktorá je poslaná a zobrazená v schránke doručených správ účtu užívateľa elektronickej komunikačnej služby by mala byť nezávisle na použitej technológii považovaná za správu, ktorá mu bola „poslaná cez elektronickú komunikačnú sieť“ v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58. Okolnosť, že táto správa je uložená na reklamnom serveri a nie na koncovom zariadení príjemcu, je postačujúca, keďže je možné domnievať sa, že ide o uloženie „v sieti“ v zmysle tohto ustanovenia. Navyše túto správu, ktorá sa zobrazí pri otvorení internetovej stránky e-mailového účtu, treba považovať za prevzatú, ako to vyžaduje dané ustanovenie. Argumentácia portugalskej vlády v súvislosti s týmto posledným bodom je odlišná, keďže sa domnieva, že reklamná správa zobrazená v schránke doručených správ takéhoto e-mailového účtu nemôže byť prevzatá svojím príjemcom. V rozsahu, v akom táto správa ostáva uložená v sieti, by to však stačilo na jej kvalifikáciu ako „elektronickej pošty“ v zmysle článku 2 druhého odseku písm. h) smernice 2002/58.

47. Vzhľadom na tieto často technické tvrdenia uvádzané na podporu každej z týchto dvoch téz sa prikláňam k argumentácii rozvinutej vnútroštátnym súdom v zmysle funkčného výkladu pojmu „elektronická pošta“, ktorý by mohol viesť k názoru, že reklamná správa, o akú ide vo veci samej, spĺňa kritériá stanovené v článku 2 druhého odseku písmene h) smernice 2002/58.

48. V každom prípade sa domnievam, že tento pojem sa nemá vykladať izolovane, ale pri zohľadnení ustanovenia, v ktorom je použitý, teda v danom prípade článku 13 ods. 1 smernice 2002/58. V tomto rozsahu sa pripájam k názoru spoločnosti StWL a Komisii, že pojem, ktorý je relevantný pre výklad v rámci prejednávanej veci, je pojem „používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy“ v zmysle tohto ustanovenia. Moju analýzu teda zameriam na výklad tohto ustanovenia pri zohľadnení jeho znenia, cieľa a potreby zabezpečenia jeho potrebného účinku.

49. V tejto súvislosti uvádzam, že článok 13 smernice 2002/58 má názov „Nevyžiadané správy“. Ak sa odkáže na definíciu pojmu „správa“ uvedenú v článku 2 druhom odseku písm. d) tejto smernice, článok 13 danej smernice je určený na uplatňovanie na „akékoľvek informácie vymieňané alebo prenášané medzi konečným počtom účastníkov pomocou verejne dostupnej elektronickej komunikačnej služby“.

50. Ak správa patrí do pôsobnosti článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, je povolená pod podmienkou, že bol vopred získaný súhlas od jej príjemcu. Z článku 2 druhého odseku písm. f) smernice 2002/58, vykladaným spolu s článkom 94 ods. 2 nariadenia 2016/679, vyplýva, že tento súhlas musí spĺňať požiadavky vyplývajúce z článku 2 písm. h) smernice 95/46 alebo z článku 4 bodu 11 tohto nariadenia podľa toho, či sa na skutkové okolnosti uplatňuje *ratione temporis* jedna alebo druhá z týchto dvoch právnych noriem. Pokiaľ ide o žalobu o skončenie zakázanej obchodnej praktiky, nie je vylúčené, že v prípade, keď by cieľom konania začatého na návrh spoločnosti StWL bolo zastaviť správanie spoločnosti eprimo do budúcna, sa uplatní *ratione temporis* nariadenie 2016/679 v rámci sporu vo veci samej, a to napriek tomu, že skutkové okolnosti tohto sporu predchádzajú 25. máju 2018, kedy sa toto nariadenie stalo uplatniteľným, keďže smernica 95/46 bola zrušená s účinnosťou k tomu istému dátumu.[13] Vyplýva z toho, že musí ísť prinajmenšom o slobodne daný, konkrétny a informovaný prejav vôle.[14]

51. Článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 spresnil, na aké typy správ sa uplatňuje požiadavka predchádzajúceho súhlasu ich príjemcov. Ide na jednej strane o správy, ktoré majú za cieľ priamu reklamu, to znamená správy komerčne zamerané, ktoré sú adresované priamo a individuálne užívateľom služieb elektronickej komunikácie. Na druhej strane sa tieto správy musia dostať k uvedeným užívateľom „používaním automatických volacích a komunikačných systémov bez ľudského zásahu (automatické volacie zariadenia), faxov alebo elektronickej pošty“.

[13] Pozri v tejto súvislosti rozsudok z 1. októbra 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, body 38 až 43), ako aj návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Szpunar vo veci Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, body 44 až 49). Pozri tiež rozsudok z 11. novembra 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, body 28 až 32).

[14] Ako Súdny dvor uviedol vo svojom rozsudku z 11. novembra 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „znenie článku 4 bodu 11 [nariadenia 2016/679], ktorý definuje „súhlas dotknutej osoby“ najmä na účely [tohto nariadenia]…, sa totiž javí ešte striktnejšie než podľa článku 2 písm. h) smernice 95/46, keďže vyžaduje ‚slobodne daný, konkrétny, informovaný a jednoznačný‘ prejav vôle dotknutej osoby, ktorý formou vyhlásenia alebo ‚jednoznačného potvrdzujúceho úkonu‘ vyjadruje súhlas so spracúvaním osobných údajov, ktoré sa jej týka. Podľa nariadenia 2016/679 sa teda už výslovne stanovuje aktívny súhlas“ (bod 36 a citovaná judikatúra).

52. Článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 teda nie je určený na to, aby sa uplatňoval všeobecným spôsobom na reklamné okná, ktoré sa môžu objaviť pri prezeraní internetových stránok. Toto ustanovenie sa týka iba správ, ktorých predmetom je priama reklama, ktoré sa dostanú priamo a individuálne k ich príjemcom pri využití určitých prostriedkov elektronickej komunikácie, akým je elektronická pošta. [15]

53. Súčasné znenie článku 13 smernice 2002/58 je odvodené od smernice 2009/136, ktorej odôvodnenie 67 uvádza, že „záruky poskytované účastníkom proti preniknutiu do ich súkromia nevyžiadanými správami na účely priamej reklamy prostredníctvom elektronickej pošty *by mali byť uplatniteľné aj na SMS, MMS a podobné aplikácie*“ [16]. Normotvorca Únie tým chcel potvrdiť širokú koncepciu prostriedkov elektronickej komunikácie, ktorými sú vykonávané postupy priamej reklamy, idúc nad rámec samotných e-mailov. Táto široká koncepcia je tiež vyjadrená v odôvodnení 40 smernice 2002/58, ktoré zdôrazňuje potrebu „ochrany [účastníkov] proti narušeniu ich súkromia nevyžiadanými správami na účely priamej reklamy, *najmä* prostriedkami automatických volacích zariadení, telefaxov, emailov, vrátane správ sms“ [17], čo okrem skutočnosti, že elektronická pošta sa neobmedzuje len na e-maily, naznačuje, že zoznam citovaných komunikačných prostriedkov má demonštratívny charakter. Vôľa normotvorcu Únie pokryť široké spektrum správ vykonaných na účely priamej reklamy je tiež podporená odôvodnením 4 smernice 2002/58, v ktorom je potvrdený cieľ „zabezpeči[ť] rovnak[ú] úroveň ochrany osobných údajov a súkromia pre užívateľov verejne dostupných elektronických komunikačných služieb, *bez ohľadu na používané technológie*“ [18]. Tento cieľ vyžaduje pridržať sa dynamického a neutrálneho konceptu, z technologického hľadiska pojmov uvedených v smernici 2002/58.

54. Bez ohľadu na rozsah komunikačných prostriedkov použitých na účely priamej reklamy, ktoré majú byť zahrnuté do pôsobnosti článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, sa mi v takej situácii, a akú ide vo veci samej zdá rozhodujúce, že reklamné správy, o ktoré ide vo veci samej, sa dostanú k svojim príjemcom skutočne pri *používaní* elektronickej pošty. Podobne ako Komisia uvádzam, že tieto správy sa zobrazujú v schránke doručených správ účtu užívateľa elektronickej komunikačnej služby, teda na ploche, ktorá je zvyčajne vyhradená e-mailom *stricto sensu*, ktoré predstavujú súkromné e-maily. Odosielateľ daných správ teda využíva elektronickú poštu na to, aby sa dostal k spotrebiteľovi, na základe čoho ide skutočne o správy na účely priamej reklamy „prostredníctvom elektronickej pošty“ v súlade s odôvodnením 67 smernice 2009/136, s ohľadom na ktoré treba vykladať článok 13 ods. 1 smernice 2002/58. Vloženie takých správ, o aké ide vo veci samej, do zoznamu súkromných e-mailov musí byť teda podľa mňa kvalifikované ako *používanie* elektronickej pošty na účely priamej reklamy, ktoré patrí do pôsobnosti článku 13 ods. 1 smernice 2002/58.

55. Z dôvodu jej umiestnenia v schránke doručených správ e-mailového účtu užívateľa elektronickej komunikačnej služby sporná reklamná praktika umožňuje priamo a individuálne sa dostať k tomuto užívateľovi v súkromnej sfére, ktorú predstavuje takáto e-mailová schránka, prístup ku ktorej je chránený heslom, a to s takou účinnosťou, ktorá je podľa mňa porovnateľná s účinnosťou nevyžiadaných správ (spam). Výber umiestnenia spornej reklamy v schránke doručených správ nie je náhodný a na účely uplatnenia článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 predstavuje významný rozdiel s reklamnými banermi, ktoré sa zobrazujú na okraji a oddelene od

[15] Ako vyplýva z rozsudku z 13. júna 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), v tejto súvislosti je irelevantné, že internetová e-mailová služba nepredstavuje ako taká „elektronickú komunikačnú službu“ v zmysle článku 2 písm. c) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/21, zmenenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2009/140/ES z 25. novembra 2009 (Ú. v. EÚ L 337, 2009, s. 37), v rozsahu, v akom nie je založená úplne alebo zväčša na prenose signálov elektronických komunikačných sietí.

[16] Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

[17] Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

[18] Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

zoznamu súkromných e-mailov. Tým, že sa sporná reklama zobrazí na rovnakej úrovni ako súkromné e-maily, totiž táto reklama využíva rovnakú pozornosť, ktorú užívateľ venuje týmto e-mailom. Ako správne uvádza Komisia, v tomto prípade hospodárske subjekty, ktoré si konkurujú pri šírení tejto reklamy, využívajú schránku doručených súkromných správ, ako aj záujem a dôveru, ktorú užívatelia služby elektronickej komunikačnej služby priznávajú tejto e-mailovej schránke, tým, že svojím reklamným správam dávajú aspekt, ktorý je napriek určitým minimálnym rozdielom podobný aspektu súkromných e-mailov. Okrem toho v rozsahu, v akom reklamné správy zaberajú miesto v schránke e-mailového účtu, ktorá je zvyčajne vyhradená súkromným e-mailom a z dôvodu ich podobnosti s nimi existuje riziko zámeny medzi týmito dvoma kategóriami správ, ktoré môže užívateľa, ktorý klikne na riadok zodpovedajúci reklamnej správe, napriek jeho vôli presmerovať na internetovú stránku predmetnej reklamy namiesto toho, aby si prečítal svoje súkromné e-maily.

56. Podobne ako Komisia sa domnievam, že konštatovanie, podľa ktorého na rozdiel od súkromných e-mailov sa reklamná správa zobrazí na sivom podklade, nezaoberá miesto v pamäti a neponúka zvyčajné funkcie spracovania ako e-maily, nebráni uznať existenciu zásahu do súkromia užívateľov elektronickej komunikačnej služby. Tým, že sa reklamné správy, o ktoré ide vo veci samej, zobrazujú na rovnakom zozname ako súkromné e-maily, využívajú rovnakú pozornosť a rovnaký úkon na účely ich vymazania ako nevyžiadané správy (spam), považujem intenzitu obťažovania za podobnú. Navyše z dôvodu, že tieto správy nemajú rovnaké funkcie ako e-maily, to vytvára dodatočný prvok obťažovania v porovnaní s nevyžiadanými správami (spam), keďže osobitný postup, ktorý vyžadujú, môže viesť k chybám pri ich vymazaní alebo k náhodnému otvoreniu reklamy.

57. V skratke, zásah do súkromia sa mi tu zdá byť charakterizovaný používaním komunikačného prostriedku, v danom prípade elektronickej pošty, ktorý je zvyčajne vyhradený na posielanie a prijímanie súkromnej korešpondencie. Na rozdiel od reklamných banerov, ktoré sa zobrazujú na okraji a oddeleným spôsobom od zoznamu súkromných e-mailov, prítomnosť reklamných správ, o ktoré ide vo veci samej, v schránke doručených správ, ktorý podľa užívateľa patrí do jeho súkromia, prekáža prístupu k týmto správam na úrovni a spôsobom, ktoré sú veľmi podobné tým, o aké ide v prípade nevyžiadaných správ (spam). Podľa mňa z toho vyplýva, že takto sa narúša cieľ ochrany užívateľov proti akémukoľvek zásahu do ich súkromia nevyžiadanými správami vykonanými na účely priamej reklamy, ktorý sleduje článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 v spojení s odôvodnením 40 tejto smernice, ako aj s odôvodnením 67 smernice 2009/136. Zásah do súkromia používaním schránky doručených e-mailových správ je teda preukázaný a podľa môjho názoru stačí na to, aby podmienil praktiku priamej reklamy, o ktorú ide vo veci samej, požiadavke predchádzajúceho súhlasu užívateľa elektronickej komunikačnej služby.

58. Podľa mňa by došlo k narušeniu potrebného účinku článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, ak by sa pripustilo, že reklamné správy, o aké ide vo veci samej, sa môžu zobraziť v schránke doručených správ účtu užívateľa elektronickej komunikačnej služby bez toho, aby dal vopred svoj súhlas na prijatie daných správ v tejto forme a na tomto mieste.

59. Cieľ sledovaný normotvorcom Únie, ktorý pozostáva z ochrany užívateľa proti trvalému presiahnutiu kapacity v jeho schránke doručených správ alebo jeho súkromných telefónnych liniek nevyžiadanými správami alebo obchodnými telefonátmi, preto vyžaduje zabezpečiť potrebný účinok tohto ustanovenia. To znamená, že toto ustanovenie treba vykladať v tom zmysle, že sa týka reklamných správ, ktoré z dôvodu ich podobnosti so súkromnými e-mailmi a ich umiestnenia v zozname súkromných e-mailov zasahujú do súkromia užívateľov elektronickej komunikačnej služby. Tento výklad by mal byť prijatý na účely zabránenia tomu,

aby sa požiadavka predchádzajúceho súhlasu stanovená v článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 dala obísť, aj keď reklamná správa, o akú ide vo veci samej, predstavuje podľa mňa nepopierateľne akt priamej reklamy prostredníctvom elektronickej formy, využívajúc na účely svojho šírenia schránku doručených správ, ktorá je zvyčajne určená len na súkromné e-maily, a vyvolávajúc rovnaké účinky a rovnaké obťažovanie ako nevyžiadaná reklamná správa (spam), ktorá predstavuje jeden z hlavných cieľov tohto ustanovenia.

60. Okrem toho z hľadiska cieľa technologickej neutrality, ktorý sleduje aj normotvorca Únie, je potrebné, ako som už uviedol vyššie, pridŕžať sa širokého výkladu pôsobnosti článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 na účely toho, aby mohol zahrnúť nové techniky priamej reklamy.

61. V odpovedi na tretiu otázku vnútroštátneho súdu dodávam, že okolnosť, že reklamná správa, o akú ide vo veci samej, bola vložená do schránky doručených správ náhodne vybratého užívateľa podľa môjho názoru nijako nebráni konštatovaniu existencie „používania elektronickej pošty na účely priamej reklamy“ v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58. Tak ako portugalská vláda sa totiž domnievam, že náhodný alebo vopred určený výber príjemcu nepredstavuje podmienku uplatnenia tohto ustanovenia. Inými slovami nie je dôležité, či je predmetná reklama adresovaná vopred určenému a individuálne identifikovanému príjemcovi, alebo ide o hromadné a náhodné zaslanie veľkému počtu príjemcov. Dôležitá je existencia správy s obchodným účelom, ktorá smeruje priamo a individuálne k jednému alebo viacerým užívateľom elektronických komunikačných služieb, ktorá bola zaradená do schránky doručených správ e-mailového účtu týchto užívateľov.

62. V odpovedi na štvrtú otázku položenú vnútroštátnym súdom treba tiež spresniť, že na účely kvalifikácie reklamného postupu, o aký ide vo veci samej, ako „používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy“ v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 nie je potrebné konštatovať, že zaťaženie užívateľa ide nad rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené. Ako totiž vyplýva z odôvodnenia 40 tejto smernice, požiadavka predchádzajúceho súhlasu stanovená v tomto ustanovení sa vysvetľuje najmä skutočnosťou, že nevyžiadané správy vykonané na účely priamej reklamy môžu „zaťažovať alebo znamenať náklady pre príjemcu“. Vzhľadom na to, že tieto správy patria do pôsobnosti článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, treba predpokladať, že predstavujú zaťaženie pre ich príjemcu bez toho, aby bolo potrebné určiť, či toto zaťaženie prekračuje rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené.

63. Z predchádzajúcich úvah podľa mňa vyplýva, že reklamná správa, o akú ide vo veci samej, patrí do pôsobnosti článku 13 ods. 1 smernice 2002/58. Z tohto dôvodu priama reklama tohto typu nie je povolená, ak jej príjemca nedal k reklame predchádzajúci súhlas.

64. Ako som už uviedol vyššie, musí ísť prinajmenšom o súhlas slobodný, konkrétny a informovaný. [19]

65. V tejto súvislosti prislúcha vnútroštátnemu súd overiť, či počas bezplatnej registrácie e-mailovej adresy alebo v inom okamihu bol užívateľ informovaný o presnom spôsobe, akým bude reklama šírená pri otvorení internetovej stránky zodpovedajúcej účtu tejto e-mailovej schránky. Predovšetkým sa treba uistiť, že tento užívateľ bol jasným a presným spôsobom informovaný, že reklamné banery sa zobrazia nielen na okraji a oddelene od zoznamu súkromných e-mailov, ale tiež v rámci tohto zoznamu. Táto informácia musí danému užívateľovi umožniť jednoducho určiť následky súhlasu, ktorý by mohol poskytnúť, a zabezpečiť, že bude poskytnutý

[19] Pozri bod 50 vyššie.

informovaný súhlas.[20] Na tomto základe treba overiť, že tento užívateľ dal svoj konkrétny súhlas k reklamnému postupu, o aký ide vo veci samej, teda že musí výslovne súhlasiť s prijímaním reklamných správ do schránky doručených správ svojho e-mailového účtu.[21]

66. Je síce pravda, že ekonomický model, na ktorom fungujú mnohí poskytovatelia e-mailovej služieb na internete, sa často zakladá na reklame. Užívateľ týchto služieb v tomto smere súhlasí, že bezplatnosť služby je určitým spôsobom kompenzovaná zobrazením reklamy. To však nemení požiadavku, podľa ktorej táto akceptácia reklamy, pokiaľ sa reklama zobrazí v rámci samotnej schránky doručených správ e-mailového účtu, sa musí podľa článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 prejaviť súhlasom užívateľa tohto účtu.

67. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal vnútroštátnemu súdu, že článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 sa má vykladať v tom zmysle, že „používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy“ v zmysle tohto ustanovenia predstavuje zobrazenie reklamných správ v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby vo forme, ktorá je podobná forme e-mailov, a na rovnakom mieste ako e-maily, keďže náhodné určenie príjemcov uvedených správ nemá v tejto súvislosti žiaden vplyv a bez toho, aby bolo potrebné konštatovať, že zaťažovanie užívateľa prekračuje rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené. Vnútroštátnemu súdu prislúcha overiť, či tento užívateľ dal súhlas, ktorý je prinajmenšom slobodný, konkrétny a informovaný, pred zobrazením týchto reklamných správ v schránke doručených správ jeho e-mailového účtu.

B. O výklade prílohy I bodu 26 smernice 2005/29

68. Vnútroštátny súd sa svojou piatou otázkou v podstate pýta, či sa príloha I bod 26 smernice 2005/29 má vykladať v tom zmysle, že zobrazenie reklamných správ v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby predstavuje vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí elektronickou poštou.

69. Článok 5 smernice 2005/29 stanovuje vo svojom odseku 2 kritériá umožňujúce určiť, či má obchodná praktika nekalý charakter a vo svojom odseku 4 spresňuje, že nekalými obchodnými praktikami sú najmä tie, ktoré sú „klamlivé“ v zmysle článkov 6 a 7 tejto smernice, a tie, ktoré sú „agresívne“ v zmysle článkov 8 a 9 tejto smernice. Článok 5 ods. 5 smernice 2005/29 okrem toho stanovuje, že príloha I tejto smernice „obsahuje výpočet tých obchodných praktík, ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé“. V tejto súvislosti odôvodnenie 17 smernice 2005/29 spresňuje, že na účely poskytnutia väčšej právnej istoty sa iba tie praktiky, ktorú sú vymenované v prílohe I tejto smernice, považujú za nekalé za každých okolností, bez toho, aby museli byť jednotlivo posudzované podľa ustanovení článkov 5 až 9 tejto smernice.[22] Vzhľadom na to, že príloha I smernice 2005/29 obsahuje úplný a taxatívny zoznam, možno obchodnú praktiku, o ktorú ide vo veci samej, považovať za agresívnu obchodnú praktiku za každých okolností iba pod podmienkou, že zodpovedá jednej zo situácií vymenovaných v bodoch 24 až 31 tejto prílohy.[23]

[20] Pozri najmä rozsudok z 11. novembra 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, bod 40 a citovaná judikatúra).

[21] Ako Súdny dvor uviedol vo svojom rozsudku z 11. novembra 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „článok 2 písm. h) smernice 95/46 a článok 4 bod 11 nariadenia 2016/679 vyžadujú „konkrétny“ prejav vôle v tom zmysle, že sa musí týkať presne dotknutého spracúvania údajov a nemožno ho vyvodiť z prejavu vôle, ktorý má odlišný predmet“ (bod 38 a citovaná judikatúra).

[22] Pozri najmä rozsudok z 13. septembra 2018, Wind Tre a Vodafone Italia (C-54/17 a C-55/17, EU:C:2018:710, bod 40 a citovaná judikatúra).

[23] Pozri rozsudok z 12. júna 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, bod 25).

70. V rámci „agresívnych obchodných praktík“ uvedených v tejto prílohe I sa v bode 26 nachádza „vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí telefonicky, faxom, elektronickou poštou alebo inými diaľkovými médiami, okrem prípadov a v rozsahu odôvodnenom podľa vnútroštátneho práva na účely vymáhania zmluvného záväzku…“.

71. Ako som uviedol vyššie, reklamná správa, o akú ide vo veci samej, je poslaná priamo a individuálne užívateľovi elektronickej komunikačnej služby, keďže sa mu zobrazuje v schránke doručených správ e-mailového účtu tohto užívateľa zaradením medzi jeho súkromné e-maily. Z pohľadu daného užívateľa preberá táto reklamná správa aspekt e-mailu, ktorý mu bol individuálne poslaný. Ako uvádza Komisia, účinok tejto správy je teda podobný účinku priamej individualizovanej reklamy bez ohľadu na to, či inzerent individualizoval tohto konkrétneho príjemcu počas technickej prípravy predmetnej správy alebo nie, a bez ohľadu na to, či sa s touto správou zaobchádzalo odlišne ako s e-mailmi z hľadiska uloženia a funkcií.

72. Z tohto dôvodu sa domnievam, že reklamná správa, o akú ide vo veci samej, ktorá má znaky priamej reklamy a je šírená na tento účel, predstavuje „vykonávanie žiadostí“ voči užívateľom elektronických komunikačných služieb v rozsahu, v akom im je táto správa adresovaná priamo a individuálne v schránke elektronickej pošty, ktorá je vyhradená pre ich súkromné e-maily.

73. Pokiaľ ide o znaky, ktoré musia mať „vykonávania žiadostí“ na účely toho, aby spadali pod prílohu I bod 26 smernice 2005/29, to znamená aby boli „vytrvalé a nechcené“, domnievam sa, že prislúcha vnútroštátnemu súdu overiť, či sa nachádzajú v rámci sporu vo veci samej. Na účely tohto overenia spresňujem, že zobrazenie reklamnej správy, o akú ide vo veci samej, by malo byť vzhľadom na definíciu uvádzanú článkom 8 smernice 2005/29 v súvislosti s tým, čo predstavuje agresívnu obchodnú praktiku, dostatočne časté a pravidelné, aby mohlo byť kvalifikované ako „vytrvalé vykonávanie žiadostí“, čo podľa mňa nie je prípad správy, ktorá sa zobrazila iba trikrát. Naproti tomu sa domnievam, že o „nechcené žiadosti“ by skutočne išlo, ak by sa preukázalo, že užívateľ elektronickej komunikačnej služby nedal svoj súhlas pred zobrazením reklamných správ v schránke doručených správ jeho e-mailového účtu. Treba tiež zohľadniť skutočnosť, že tento užívateľ zaslal výzvu spoločnosti eprimo 20. decembra 2016 týkajúcu sa reklamy z 12. decembra 2016 a tým výslovne prejavil spoločnosti eprimo svoju vôľu, že nechce prijímať tento typ reklamy.

74. Vzhľadom na všetky tieto skutočnosti treba podľa môjho názoru odpovedať na piatu otázku tak, že pojem „vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí… elektronickou poštou…“ v zmysle prílohy I bodu 26 smernice 2005/29 sa má vykladať v tom zmysle, že môže zahŕňať konania, o aké ide vo veci samej, pozostávajúce v zobrazení reklamných správ v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby vo forme, ktorá je podobná forme e-mailov, a na rovnakom mieste ako tieto e-maily. Vnútroštátnemu súdu však na jednej strane prislúcha overiť, či zobrazenie týchto reklamných správ malo dostatočne častý a pravidelný charakter, aby mohlo byť kvalifikované ako vykonávanie „vytrvalých“ žiadostí, a na druhej strane, či zobrazenie týchto správ možno kvalifikovať ako vykonávanie „nechcených“ žiadostí pri zohľadnení toho, či existuje alebo neexistuje súhlas daný týmto užívateľom pred ich zobrazením, ako aj namietnutie voči tomuto reklamnému postupu vyjadrené daným užívateľom.

V. Návrh

75. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré položil Bundesgerichtshof (Spolkový súdny dvor, Nemecko), takto:

1. Článok 13 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002, týkajúcej sa spracovávania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (smernica o súkromí a elektronických komunikáciách), zmenenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2009/136/ES z 25. novembra 2009, sa má vykladať v tom zmysle, že „používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy“ v zmysle tohto ustanovenia predstavuje zobrazenie reklamných správ v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby vo forme, ktorá je podobná forme e-mailov, a na rovnakom mieste ako e-maily, keďže náhodné určenie príjemcov uvedených reklamných správ nemá v tejto súvislosti žiaden vplyv, a bez toho, aby bolo potrebné konštatovať, že zaťažovanie užívateľa prekračuje rámec obťažovania, ktoré by mu bolo spôsobené. Vnútroštátnemu súdu prislúcha overiť, či tento užívateľ dal súhlas, ktorý je prinajmenšom slobodný, konkrétny a informovaný, pred zobrazením týchto reklamných správ v schránke doručených správ jeho e-mailového účtu.

2. Pojem „vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí… elektronickou poštou…“ v zmysle prílohy I bodu 26 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, a ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách“), sa má vykladať v tom zmysle, že môže zahŕňať konania, o aké ide vo veci samej, pozostávajúce v zobrazení reklamných správ v schránke doručených správ užívateľa elektronickej komunikačnej služby vo forme, ktorá je podobná forme e-mailov, a na rovnakom mieste ako tieto e-maily. Vnútroštátnemu súdu však na jednej strane prislúcha overiť, či zobrazenie týchto reklamných správ malo dostatočne častý a pravidelný charakter, aby mohlo byť kvalifikované ako vykonávanie „vytrvalých“ žiadostí, a na druhej strane, či zobrazenie týchto správ možno kvalifikovať ako vykonávanie „nechcených“ žiadostí, vezmúc do úvahy, či existuje alebo neexistuje súhlas daný týmto užívateľom pred ich zobrazením, ako aj namietnutie voči tomuto reklamnému postupu vyjadrené daným užívateľom.