

Věc C-102/20

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora**

Datum doručení:

26. února 2020

Předkládající soud:

Bundesgerichtshof (Německo)

Datum předkládacího rozhodnutí:

30. ledna 2020

Žalobkyně a navrhovatelka v řízení o opravném prostředku „Revision“:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Žalovaná a odpůrkyně v řízení o opravném prostředku „Revision“:

eprimo GmbH

Vedlejší účastnice podporující žalovanou:

Interactive Media CCSP GmbH

Předmět původního řízení

Nekalá soutěž, zdržení se protisoutěžní reklamy

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Výklad unijního práva, článek 267 SFEU

Předběžné otázky

1. Jsou znaky pojmu „posílání“ ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58/ES naplněny v případě, že zprávu nezasílá uživatel služby elektronických komunikací jinému uživateli prostřednictvím podniku poskytujícího příslušné služby na elektronickou „adresu“ druhého uživatele,

- nýbrž ji na základě otevření internetové stránky e-mailového účtu, která je chráněna heslem, na určitých místech e-mailové složky příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele, která jsou určena k tomuto účelu, automatizovaně zobrazí reklamní servery (dále jen „reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv“)?
2. Je vyzvednutí ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58/ES podmíněno tím, že příjemce poté, co se dozví o existenci zprávy, prostřednictvím záměrně zadaného požadavku na vyzvednutí iniciuje naprogramovaný přenos dat zprávy, nebo postačuje, pokud je zobrazení sdělení ve složce příchozích zpráv e-mailového účtu iniciováno tím, že uživatel otevře internetovou stránku svého e-mailového účtu, která je chráněna heslem?
 3. Jedná se o elektronickou poštu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58/ES i v případě, že je příslušné sdělení posíláno nikoli určitému příjemci, který byl konkrétně určen již před jeho přenosem, nýbrž se zobrazí ve složce příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele?
 4. Jedná se o použití elektronické pošty pro účely přímého marketingu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58/ES pouze v případě, že se dospěje k závěru o zátěži pro uživatele, která překračuje rámec obtěžování?
 5. Jedná se o individualizovanou reklamu, která splňuje podmínky „nabídky“ ve smyslu bodu 26 první věty přílohy I směrnice 2005/29/ES, pouze v případě, že je zákazník kontaktován za pomoci prostředku, který tradičně slouží k individuální komunikaci mezi odesílatelem a příjemcem, nebo postačuje, pokud – jako v případě reklamy dotčené v projednávaném případě – je individualizace dosaženo tím, že se reklama zobrazí ve složce příchozích zpráv soukromého e-mailového účtu, a tedy na místě, kde zákazník očekává sdělení, která jsou určena konkrétně jemu?

Uváděná ustanovení unijního práva

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích) (Úř. věst. 2002, L 201, s. 37; Zvl. vyd. 13/29, s. 514), body 1, 12, 26, 27 a 40 odůvodnění, čl. 1 odst. 1, čl. 2 písm. h), čl. 2 písm. d) první věta, čl. 6 odst. 1, čl. 13 odst. 1

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) (Úř. věst. 2005, L 149, s. 22), bod 26 první věta přílohy I

Uváděná vnitrostátní ustanovení

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zákon o ochraně hospodářské soutěže, dále jen „UWG“), § 3, § 7 odst. 1, jakož i odst. 2 body 1, 2 a 3, § 8 odst. 1 a 2

Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Účastnice řízení dodávají elektřinu konečným zákazníkům. Vedlejší účastnice podporující žalovanou je reklamní agentura.
- 2 Žalovaná vedlejší účastnici řízení pověřila uveřejněním reklam v e-mailových schránkách uživatelů bezplatné e-mailové služby T-Online. Uvedená reklama byla realizována tak, že v soukromé schránce uživatele této e-mailové služby se dne 15. ledna 2017 v části, ve které se ve formě seznamu zobrazují příchozí e-maily (dále jen „složka příchozích zpráv“), mezi příchozími e-maily zobrazila níže vyobrazená reklama s následujícím textem: „*eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de*“ („eprimo Ušetřete víc: elektřina a plyn výhodně. Zajistěte si právě teď nejlepší eprimo-ceny s atraktivním bonusem! Více se dozvíte na eprimo.de“). Obdobné reklamy se ve složce příchozích zpráv daného uživatele zobrazily již dne 12. prosince 2016 a dne 13. ledna 2017.
- 3 Tato reklama se zobrazuje na zvláštních reklamních plochách ve složce příchozích zpráv schránky bezplatné e-mailové služby společnosti Telekom Deutschland GmbH. Je označována jako „*T-Online.de Mail Ad*“ a mohli si ji objednat zadavatelé reklamy inzerující u tohoto poskytovatele. Na internetové stránce zobrazené uživatelem takovéto bezplatné e-mailové schránky byl na příslušném místě složky příchozích zpráv uložen kód *JavaScriptu* určitého reklamního serveru (*tag*). Prostřednictvím tohoto kódu byl při otevření dané internetové stránky příslušnému reklamnímu serveru (*ad server*) odeslán požadavek (*ad-request*), aby zobrazil nějaký reklamní banner ze seznamu dostupných reklam. Reklamní server následně odeslal příslušné parametry internetovému prohlížeči uživatele, díky čemuž se ve složce příchozích zpráv uživatele zobrazil náhodně vybraný reklamní banner. Pokud uživatel klikl na zobrazenou reklamu, bylo dané zadání nejprve přeměřováno na reklamní server, který dané kliknutí zaprotokoloval a přeměřoval prohlížeč na stránky inzerenta. Reklama zobrazující se ve složce příchozích zpráv byla opatřena nápisem „Inzerce“ a mohla být ze složky příchozích zpráv odstraněna kliknutím na symbol křížku „x“, který se nacházel vedle. Reklama se – na rozdíl od e-mailů uživatele zobrazených ve složce příchozích zpráv – zobrazovala na šedém podkladu a neobsahovala ani datum, ani odesílatele. Mimoto ji nebylo možno archivovat, odpovědět na ni nebo přeposlat ji prostřednictvím nabídky akcí stanovené poskytovatele uvedené e-mailové služby. Nebyla ani započítána do počtu nepřečtených e-mailů uživatele zobrazeného danou službou a v doručené poště uživatele nezabírala žádnou úložnou kapacitu.

- 4 Žalobkyně této reklamě vytýká, že je s ohledem na nepřiměřené obtěžování a uvádění v omyl protisoutěžní.
- 5 Landgericht (zemský soud, Německo) žalované uložil, aby se v obchodním styku pro účely hospodářské soutěže v souvislosti s distribucí elektřiny konečným spotřebitelům zdržela výše popsaného šíření reklamy prostřednictvím e-mailové domény „T-online.de“.
- 6 Na základě odvolání žalované odvolací soud žalobu zamítl s odůvodněním, že napadené umístění reklamy ve složce příchozích zpráv soukromých e-mailových schránek není obchodní praktika, která je z hlediska práva hospodářské soutěže nepřijatelná.
- 7 Žalobkyně se svým opravným prostředkem „Revision“, který byl odvolacím soudem prohlášen za přípustný a jehož zamítnutí žalovaná navrhuje, domáhá opětovného potvrzení rozsudku Landgericht (zemský soud).

Stručné shrnutí odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 8 Pro úspěch uvedeného opravného prostředku „Revision“ je rozhodující, zda nárok na uložení povinnosti zdržet se uvedeného jednání, který uplatnila žalobkyně, existuje. Podmínkou vzniku tohoto nároku podle § 8 odst. 1 první věty UWG je, že žalovaná nebo vedlejší účastnice, kterou žalovaná ve smyslu § 8 odst. 2 UWG pověřila zajištěním reklamy, která je předmětem sporu, uplatňovaly obchodní praktiku, která je podle § 3 nebo 7 UWG nepřijatelná. Jednání, které je žalované vytýkáno, může být nepřijatelné na základě § 7 odst. 2 bodu 3 UWG. Mimoto přichází v úvahu, že uvedená reklama je nepřijatelná na základě § 7 odst. 2 bodu 1 UWG.
- 9 Z hlediska opodstatněnosti návrhových žádání žalobkyně je rozhodující, jak je ve světle ustanovení směrnice 2002/58 třeba vyložit ustanovení § 7 odst. 2 bodu 3 UWG. V této souvislosti vyvstávají otázky týkající se výkladu čl. 2 druhé věty písm. h) a čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, které vyžadují objasnění.
- 10 Podle § 7 odst. 1 první věty UWG jsou nepřijatelné obchodní praktiky, které představují nepřijatelné obtěžování účastníka trhu. Podle § 7 odst. 2 bodu 3 UWG se mj. má za to, že o nepřijatelné obtěžování se vždy jedná v případě reklamy, která využívá elektronické pošty bez předchozího výslovného souhlasu adresáta. Ustanovení § 7 odst. 2 bodu 3 UWG je v souladu s bodem 26 přílohy I směrnice 2005/29 a provádí do německého práva čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. V zájmu zajištění souladu s unijním právem je tedy třeba toto ustanovení vykládat ve světle čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58.
- 11 Podle čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 je mj. elektronickou poštu možno použít pro účely přímého marketingu pouze v případě účastníků nebo jedinců, kteří k tomu dali předchozí souhlas. Podle čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58 se „elektronickou poštou“ rozumí jakákoli textová, hlasová, zvuková či obrazová

zpráva posílaná prostřednictvím veřejné komunikační sítě, kterou lze uchovávat v síti nebo v koncovém zařízení příjemce, dokud si ji příjemce nevyzvedne. Je sporné, zda lze za okolností projednávaného případu dospět k závěru, že tyto podmínky jsou splněny.

- 12 Předně je sporné, zda lze reklamu, kterou zadala žalovaná nebo vedlejší účastnice, která byla žalovanou pověřena ve smyslu § 8 odst. 2 UWG, a která se zobrazuje na zvláštních reklamních plochách ve složce příchozích zpráv schránek uživatelů bezplatné e-mailové služby, považovat za elektronickou poštu ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58.
- 13 V případě reklamy, která je předmětem sporu, se jedná o textovou zprávu ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58. Podle čl. 2 druhé věty písm. d) první věty směrnice 2002/58 se „sdělením“ rozumí jakákoli informace, která se vyměňuje nebo přenáší mezi určitým počtem zúčastněných stran prostřednictvím veřejně dostupné služby elektronických komunikací. Tyto podmínky jsou splněny. Reklama žalované obsahuje textovou informaci, kterou je za účelem reklamy vychvalována nabídka žalované. Tato informace byla přenesena mezi určitým počtem zúčastněných stran. Přenos uživateli e-mailového účtu se uskutečnil tak, že uvedené sdělení bylo na základě toho, že uživatel prostřednictvím přihlášení otevřel internetovou stránku svého e-mailového účtu, provozovatelem reklamního serveru v reálném čase zasláno do složky příchozích zpráv stránky e-mailového účtu a tam se zobrazilo uživateli tohoto e-mailového účtu. Reklamní informace byla mimoto přenesena prostřednictvím veřejné komunikační sítě. Reklama byla iniciována otevřením e-mailového účtu uživatele dostupného na internetu a zobrazena ve složce příchozí pošty určené pro zobrazování příchozích e-mailů. Uvedená reklama proto byla – stejně jako e-maily – elektronicky přenesena na internetu, a tedy veřejně přístupným médiem. E-mailová služba, která je uživatelům přístupná prostřednictvím internetu, je službou elektronických komunikací.

K první předběžné otázce

- 14 Smyslem první předběžné otázky je objasnit, zda reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv, která je předmětem sporu, byla rovněž „poslána“ ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58.
- 15 Odvolací soud měl za to, že z výrazu „posílání“ s přihlédnutím k dalším výrazům „pošta“ a „komunikační síť“, které jsou použity v čl. 2 druhé větě písm. h) směrnice 2002/58, vyplývá, že o „elektronickou poštu“ se jedná pouze v případě zaslání zprávy od jednoho uživatele jinému uživateli prostřednictvím podniku poskytujícího příslušné služby (jako například poskytovatele e-mailu), který ji elektronicky přepraví na elektronickou „adresu“ (jako například e-mailovou adresu) druhého uživatele. V projednávaném případě se o takovéto adresování určitým zákazníkům nejedná, protože k zobrazení reklamy dochází pouze prostřednictvím reklamního serveru v určité vymezené části internetové stránky, a

to prostřednictvím předdefinovaných „AdTags/AdSlots“, které jsou uloženy na dané webové stránce.

- 16 Tomuto názoru, který vychází ze znaků tradičního e-mailu, je třeba přiznat, že i tvůrce směrnice při přijímání směrnice 2002/58 zřejmě považoval e-mail vedle SMS, která je výslovně uvedena v bodě 40 odůvodnění směrnice 2002/58, za klasickou formu elektronické pošty.
- 17 Vychází-li se při výkladu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58 z těchto požadavků vycházejících na znaků tradičního e-mailu, které odvolací soud pokládal za správné, schází v tomto případě znak „posílání“ daného sdělení, takže napadená reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv nepředstavuje elektronickou poštu. Reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv není uživatelem služby elektronické komunikace prostřednictvím podniku poskytujícího příslušné služby (jako například poskytovatele e-mailu) zaslána jinému uživateli zvolenému tímto uživatelem na elektronickou „adresu“ (jako například na e-mailovou adresu) druhého uživatele, nýbrž je na základě otevření e-mailového účtu zobrazena reklamními servery, a to na k tomu určených místech ve složce příchozích zpráv náhodně vybraného uživatele.
- 18 Proti výkladu znaku „posílaná“, který zastává odvolací soud a který vychází ze znaků tradičního e-mailu, by mohl hovořit cíl ochrany sledovaný čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. Tímto ustanovením, které navazuje na pojem elektronické pošty definovaný v čl. 2 druhé větě písm. h) směrnice 2002/58, jejíž používání upravuje, mají být uživatelé chráněni proti zásahům do jejich soukromí způsobeným nevyžádanými sděleními pro účely přímého marketingu (viz bod 40 odůvodnění směrnice 2002/58). Nezdá se, že by tvůrce směrnice měl s ohledem na technický pokrok, u něhož bylo možno předvídat, že bude rychlý, v úmyslu pojem elektronické pošty staticky zakotvit v podobě „klasických“ forem e-mailu, SMS nebo MMS, které byly známy v době vstupu směrnice v platnost. Nasnadě spíše je, že v zájmu ochrany soukromí uživatelů zvolil dynamický a technicky neutrální pojem, který například umožňuje zohlednit rovněž elektronická sdělení zasílaná v rámci sociálních sítí, která nabyla na významu teprve v nedávné době. Vzhledem k tomu, že soukromí uživatelů prostředků elektronické komunikace nelze narušovat pouze nevyžádanými sděleními zasílanými prostřednictvím klasických forem individuální elektronické komunikace, jako jsou e-mail, SMS nebo MMS, nýbrž rovněž prostřednictvím nových forem hromadné elektronické komunikace, jeví se jako vhodné, vykládat pojem posílání nikoli vycházející z tradičních forem elektronické komunikace ve smyslu zasílání od jednoho určitého uživatele jinému předem určenému uživateli, nýbrž funkčně ve smyslu šíření.
- 19 Vychází-li se z tohoto funkčního chápání uvedeného pojmu, které vychází z cíle ochrany sledovaného čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, mohla by reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv, která je dotčena v projednávaném případě, být poslána ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58. Nasvědčuje tomu rovněž bod 40 odůvodnění směrnice 2002/58. Podle tohoto bodu odůvodnění směrnice mají být uživatelé veřejných elektronických

komunikačních sítí chránění proti zásahům do svého soukromí způsobeným nevyžádanými sděleními pro účely přímého marketingu, protože tyto formy nevyžádaných obchodních sdělení jsou poměrně jednoduché a levné. Tato hlediska jsou u reklamy zobrazované ve složce příchozích zpráv, která je dotčena v projednávaném případě, namísto.

Ke druhé předběžné otázce

- 20 Smyslem druhé předběžné otázky je objasnit, jaké požadavky je třeba klást na podmínku, že zprávu lze uchovávat v síti nebo v koncovém zařízení příjemce, dokud si ji příjemce nevyzvedne, která je upravena v čl. 2 druhé větě písm. h) směrnice 2002/58.
- 21 Odvolací soud měl za to, že v případě reklamy zobrazované ve složce příchozích zpráv, která je předmětem sporu, se o vyzvednutí v tomto smyslu nejedná. Z bodu 27 odůvodnění směrnice 2002/58 vyplývá, že podmínkou vyzvednutí zprávy je vědomé jednání adresáta. Příjemce zprávy si poté, co se o daném sdělení dozvěděl, musí přístup k příslušným datům zajistit v režimu on-line, a to určitým jednáním – tedy prostřednictvím zásahu do vnějšího světa založeného na vědomém rozhodnutí. Rozhodující je, že vyzvedávající osoba svým požadavkem na vyzvednutí může iniciovat naprogramovaný proces přenosu dat. V tomto případě k vyzvednutí zprávy v tomto smyslu nedošlo. K tomu, aby se prostřednictvím reklamního serveru v reálném čase zobrazil reklamní banner, je naopak pouze nutné, aby uživatel e-mailové služby v prohlížeči otevřel e-mailovou službu na webových stránkách společnosti Deutsche Telekom, a to aniž by postřehl cokoli z tohoto procesu a mohl se vědomě rozhodnout pro, nebo proti uvedenému zobrazení.
- 22 Tento výklad je v souladu s možným slovním významem pojmu „vyzvednutí“ uvedeného v čl. 2 druhé větě písm. h) směrnice 2002/58. Mimoto by mu mohl nasvědčovat bod 27 odůvodnění směrnice 2002/58. Podle tohoto bodu odůvodnění je v případě elektronické pošty přenos sdělení ukončen, jakmile si adresát – zpravidla ze serveru svého poskytovatele služeb – vyzvedne zprávu. Tato formulace by mohla naznačovat, že vyzvednutí elektronické pošty předpokládá určitou činnost uživatele, která účelově směřuje k přenosu sdělení, a to zpravidla ze serveru poskytovatele služeb.
- 23 Podle tohoto úzkého výkladu, který opět vychází z obvyklých případů e-mailu, reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv, která je předmětem sporu, nesplňuje podmínky elektronické pošty ve smyslu čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice 2002/58. Otevřením svého e-mailového účtu na internetové stránce poskytovatele služeb uživatel dokládá svou vůli, aby mu byly zobrazeny a doručeny e-maily uložené na e-mailovém serveru dané služby. Ze zkušenosti ale vyplývá, že jeho vůle zpravidla nesměřuje k tomu, aby mu kromě toho reklamní servery do složky příchozích zpráv jeho e-mailového účtu vložily obchodní sdělení.

- 24 V neprospěch názoru zastávaného odvolacím soudem naproti tomu opět svědčí funkční výklad vycházející z cíle ochrany čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58. Podle tohoto výkladu má být uživatel chráněn před nevyžádanými obchodními sděleními, která inzerenti mohou poměrně jednoduše a levně posílat prostřednictvím sítí elektronických komunikací a která mohou pro uživatele znamenat zátěž (bod 40 odůvodnění směrnice 2002/58). S ohledem na tento účel se rozlišování mezi – popřípadě hromadně rozesílaným – e-mailem s reklamním obsahem, který bezpochyby spadá pod pojem elektronické pošty, a reklamním sdělením, které je předmětem sporu, sotva jeví jako přesvědčivé. Obě zprávy se zobrazují ve složce příchozích zpráv, a tedy v části internetové stránky, kterou uživatel otevřel za účelem seznámení se se svými e-maily a kde se v souladu s jejím určením zobrazují e-maily. Z hlediska nepříznivého účinku, kterému má zabránit čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58, kromě toho není relevantní, zda je reklamní sdělení do složky příchozích zpráv e-mailového účtu vloženo poštovním serverem poskytovatele služeb nebo reklamním serverem poskytovatele služeb nebo podniku, který s ním spolupracuje. Spíše než technický by naopak opět měl být rozhodující výklad, který funkčně vychází ze sledovaného cíle ochrany a který zohledňuje účinek dané formy reklamy, který zatěžuje uživatele. Tento účinek může vyplývat z okolnosti, že napadená reklama je doručována a zobrazována ve složce příchozích zpráv e-mailového účtu, a tedy v části, ve které uživatel očekává pouze e-mailové zprávy, které jsou určeny konkrétně jemu.
- 25 Takovýto výklad, který vychází ze sledovaného cíle ochrany, je rovněž slučitelný se zněním čl. 2 druhé věty písm. h) směrnice. Jedná se o vyzvednutí ve smyslu úkonu uživatele, který je účelově zaměřen na seznámení se se zprávami doručenými do složky příchozích zpráv emailového účtu. Podle zjištění odvolacího soudu je přenos reklamy z reklamního serveru do složky příchozích zpráv iniciován tím, že uživatel na internetu navštíví stránku svého e-mailového účtu a přihlásí se tam pomocí svých osobních přístupových údajů. Okolnost, že se přitom uživatel zpravidla hodlá seznámit pouze se soukromými a pracovními e-maily, a nikoli s reklamními sděleními, která jsou pro něj nezajímavá nebo obtěžující, jako je spam nebo reklamy, nemění nic na skutečnosti, že prostřednictvím otevření e-mailového účtu na internetu došlo k účelovému úkonu směřujícímu k vyzvednutí.
- 26 Reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv, která je předmětem sporu, byla až do zobrazení dané reklamy, které bylo iniciováno přihlášením [do e-mailového účtu], uchovávána na reklamním serveru, a tedy v síti.
- 27 Z bodu 27 odůvodnění směrnice 2002/58, ve kterém se stanoví, že v případě elektronické pošty je přenos ukončen, jakmile si adresát – zpravidla ze serveru svého poskytovatele služeb – vyzvedne zprávu, zřejmě neplyne nic jiného. Skutečnost, že elektronická pošta zahrnuje pouze sdělení, která jsou uchovávána na serveru samotného poskytovatele služeb, z toho nelze dovodit již proto, že z použití výrazu „zpravidla“ vyplývá, že autor směrnice tím nestanovil taxativní pojmový znak, nýbrž pouze popsál, jak tomu zpravidla je ve skutečnosti. Mimoto je třeba zohlednit normativní kontext bodu 27 odůvodnění směrnice 2002/58. V

tomto ustanovení jde o otázku, k jakému okamžiku musí být vymazány provozní údaje. V tomto ohledu je rozhodující okamžik ukončení přenosu sdělení (viz čl. 6 odst. 1, jakož i bod 26 odůvodnění směrnice 2002/58). V této souvislosti se v bodě 27 odůvodnění směrnice 2002/58 vychází z toho, že okamžik ukončení přenosu elektronické pošty nastává vyzvednutím zprávy ze strany adresáta. Nezdá se, že z toho lze dovodit výkladová kritéria, rozhodná pro ochranu soukromí uživatele před nevyžádanou adresnou reklamou šířenou elektronickou poštou, která je upravena v čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58.

Ke třetí předběžné otázce

- 28 Smyslem třetí předběžné otázky je objasnit, zda se o elektronickou poštu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 jedná i v případě, že se nejedná o sdělení pro určitého příjemce, který byl konkrétně určen již před jejím přenosem, nýbrž že se dané sdělení – jako v projednávaném případě – zobrazuje náhodně.
- 29 Odvolací soud měl za to, že elektronická pošta ve smyslu § 7 odst. 2 bodu 3 UWG vyžaduje, aby se odeslání zprávy uskutečnilo „individuálně“, to znamená na adresu konkrétního příjemce, který je určen před odesláním a se kterým je proto možná předchozí komunikace o souhlasu s odesláním. Vyplývá to ze skutečnosti, že podmínkou přípustnosti forem reklamy upravených v § 7 odst. 2 bodě 2 UWG je, že je k dispozici předchozí výslovný souhlas adresáta. Požadavek takového výslovného souhlasu logicky vyžaduje existenci konkrétního adresáta, který může inzerentovi sdělit, zda s danou reklamou souhlasí. Reklama, která je předmětem sporu, se však u zákazníků bezplatné e-mailové služby zobrazuje náhodně, aniž by byla možná předchozí komunikace o souhlasu zákazníka.
- 30 Předkládající soud má pochybnosti o tom, zda lze tento názor přijmout. Podle čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 je možno elektronickou poštu použít pro účely přímého marketingu pouze v případě účastníků nebo jedinců, kteří k tomu dali předchozí souhlas. Z tohoto požadavku však nelze *a contrario* dovozovat, že všechny formy adresné reklamy šířené prostřednictvím komunikačních sítí, u kterých z důvodu technických postupů použitých inzerentem nelze před použitím konkrétní reklamy získat souhlas uživatelů, jsou přípustné bez souhlasu.

Ke čtvrté předběžné otázce

- 31 Smyslem čtvrté předběžné otázky je objasnit, zda se o použití elektronické pošty pro účely přímého marketingu ve smyslu čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 jedná pouze v případě, že se dospěje k závěru o zátěži pro uživatele, která překračuje rámec obtěžování, které v projednávaném případě konstatoval odvolací soud.
- 32 Odvolací soud měl za to, že smysl a účel § 7 odst. 2 bodu 3 UWG, který je třeba vymezit s ohledem na bod 40 odůvodnění směrnice 2002/58, svědčí v neprospěch použití tohoto ustanovení na napadenou reklamu. Je pravda, že zobrazování reklamy v doručené poště – mezi nově přichozími maily – uživatele e-mailové

služby obtěžuje. Vzhledem k tomu, že uvedená reklama na povrchního pozorovatele působí jako e-mail, a proto je vnímána intenzivněji než reklama mimo složku doručené pošty, je nadto třeba stupeň obtěžování hodnotit jako vyšší než u reklamy zobrazované na okrajích e-mailové schránky. O zátěž překračující rámec tohoto obtěžování nebo náklady ve smyslu bodu 40 odůvodnění směrnice 2002/58 se ale nejedná. Reklama zobrazovaná ve složce příchozích zpráv zejména není započítávána do počtu nepřečtených e-mailů zákazníka a ani nezabírá úložnou kapacitu složky doručené pošty. S ohledem na vizuální rozdíly mezi e-maily a reklamou nevyžaduje rozlišení důležitých elektronických zpráv a elektronického reklamního spamu ani žádnou námahu.

- 33 Na otázku, zda lze s tímto výkladem souhlasit, nelze odpovědět jednoznačně. Ve prospěch výkladu zastávaného odvolacím soudem by mohlo svědčit znění bodu 40 odůvodnění směrnice 2002/58. V něm není obtěžování uživatele zmíněno. Uživatelé veřejných elektronických komunikačních sítí naopak mají být chráněni proti zásahům do svého soukromí způsobeným nevyžádanými sděleními pro účely přímého marketingu proto, že posílání těchto forem nevyžádaných obchodních sdělení může být na jednu stranu poměrně jednoduché a levné, ale na druhou stranu může způsobit příjemci zátěž a/nebo náklady. Navíc jejich objem může také v některých případech působit problémy sítím elektronických komunikací a koncovým zařízením. Vzhledem k tomu, že v projednávaném případě se nejedná ani o náklady, ani o problémy způsobené sítím elektronických komunikací a koncovým zařízením, je rozhodující to, zda je reklamou zobrazovanou ve složce příchozích zpráv zatěžováno soukromí uživatelů. V bodě 40 odůvodnění směrnice 2002/58 každopádně není výslovně stanoveno, že v tomto ohledu může postačovat obtěžování.
- 34 Na druhou stranu slovní význam pojmu „zátěž“ s ohledem na ochranu soukromí před nevyžádanou adresnou reklamou, která je určující, zahrnuje rovněž obtěžující narušování soukromí, které se projevuje tím, že spotřebitel se s reklamou setkává nikoli (jen) v částech internetových stránek, které jsou za tímto účelem obvykle používány a může je tedy snadno ignorovat, ale (i) ve složce příchozích zpráv e-mailového účtu, a tudíž v části internetových stránek poskytovatele e-mailových služeb, ve které jsou zobrazovány e-mailové zprávy adresované konkrétně danému uživateli a kterou proto uživatel bude vyhledávat cíleně, a bude jí tedy věnovat zvláštní pozornost. Ze zkušenosti navíc vyplývá, že uživatel se reklamními sděleními, která se zobrazují ve složce příchozí složky, která je v souladu se svým účelem určena pro zprávy, které jsou adresovány jemu osobně, cítí osloven individuálněji než bannerovou reklamou, která se nachází například na okrajích internetových stránek a zjevně je určena široké veřejnosti. I z této okolnosti může – v závislosti na obsahu a předmětu reklamy – vyplývat intenzivnější obtěžování.
- 35 Mimoto je přitom třeba zohlednit, že soukromý e-mailový účet chráněný heslem patří do oblasti soukromého života, chráněné obecným právem na ochranu osobnosti. V této oblasti má být dotčena osoba chráněna nejen před vynaložením úsilí, které je od ní vyžadováno v důsledku toho, že musí třídít zprávy, které jsou

jí určeny, a oddělovat reklamu od ostatních zpráv. Mimoto je jakožto projev jejího práva na osobní sebeurčení hodna ochrany vůle dotčené osoby udržet své soukromí prosto jakéhokoli tlaku na vypořádání se s reklamou a jejím sugestivním působením. K ochraně soukromí uživatele v odvětví elektronických komunikací podle čl. 1 odst. 1 a bodů 1, 12 a 40 směrnice 2002/58 slouží rovněž čl. 13 odst. 1 této směrnice. Mimoto je třeba zohlednit, že ze zkušenosti vyplývá, že při posuzování obtěžujícího působení reklamního opatření, které narušuje soukromí, existuje nebezpečí kumulace obtěžování v důsledku rozšiřování dané formy reklamy.

- 36 Vzhledem k tomu, že z hlediska výkladu vycházejícího z cíle ochrany sledovaného čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58 je rozhodující ochrana soukromí, a nikoli ochrana uživatele před uvedením v omyl, je okolnost, že se vzhled reklamy, která se zobrazuje ve složce příchozích zpráv uživatelů, liší od e-mailů a že toto odlišení je navíc uživateli zdůrazněno upozorněním „Inzerce“, které je spojeno s reklamou zobrazovanou ve složce příchozích zpráv, pro účely analýzy tohoto ustanovení irelevantní. Ze zkušenosti ostatně vyplývá, že uživatel kvůli struktuře dané zprávy a zobrazení reklamního sdělení, jakož i letmému přečtení vynaloží určitý čas dokonce i v případě, že reklamní sdělení zobrazující se ve složce příchozích zpráv jeho e-mailového účtu může od počátku jasně a jednoznačně rozpoznat a vymazat jako reklamu. Ze stejných důvodů nebrání okolnosti, že se uvedená reklama nezapočítává do počtu nepřečtených e-mailů zákazníka a nespoteblovává žádnou úložní kapacitu doručené pošty, které uvedl odvolací soud, přijetí závěru o porušení čl. 13 odst. 1 směrnice 2002/58.
- 37 Na rozdíl od názoru odvolacího soudu by s ohledem na výše uvedené z hlediska narušení soukromí uživatele soukromé e-mailové služby mohl rozdíl skutečně spočívat v tom, zda se uživatel s reklamou setkává nejen v místech, která jsou pro reklamní sdělení obvykle používána, ale i v části internetových stránek svého poskytovatele e-mailu, ve které se nacházejí e-mailové zprávy určené jemu osobně a na kterou se jeho vlastní pozornost nutně zaměří s obzvláštní intenzitou. Ve prospěch tohoto závěru svědčí rovněž zjištění učiněná odvolacím soudem. Tento soud uvedl, že zobrazování reklamy v doručené poště – mezi nově příchozími maily – uživatele e-mailové služby obtěžuje. Vzhledem k tomu, že uvedená reklama na povrchního pozorovatele může působit jako e-mail, a proto může být vnímána intenzivněji než reklama mimo složku doručené pošty, je třeba stupeň obtěžování posuzovat jako vyšší než u reklamy zobrazované na okrajích e-mailové schránky. Tyto závěry jsou v souladu se životní zkušeností.

K páté předběžné otázce

- 38 V projednávaném případě přichází v úvahu, že reklama, která je předmětem sporu, je nepřípustná podle § 7 odst. 2 bodu 1 UWG. Při použití těchto ustanovení vyvstává otázka týkající se výkladu bodu 26 první věty přílohy I směrnice 2005/29, kterou je třeba objasnit.

- 39 Podle § 7 odst. 2 bodu 1 UWG se má za to, že o nepřijatelné obtěžování ve smyslu § 7 odst. 1 první věty UWG se vždy jedná v případě reklamy, která využívá prostředků obchodní komunikace na dálku, které nejsou uvedeny v bodech 2 a 3 tohoto ustanovení, a jejímž prostřednictvím je spotřebitel vytrvale oslovován, ačkoli si to zjevně nepřeje. Toto ustanovení slouží k provedení bodu 26 první věty přílohy I směrnice 2005/29 a v zájmu zajištění souladu se směrnicí je třeba vykládat ho ve světle tohoto ustanovení. Podle bodu 26 první věty přílohy I směrnice 2005/29 představují vytrvalé a nevyžádané nabídky prostřednictvím telefonu, faxu, e-mailu nebo jiných prostředků přenosu na dálku, kromě situací a v rozsahu odůvodněném podle vnitrostátních právních předpisů za účelem vymáhání smluvních závazků – což v projednávaném případě není relevantní – agresivní obchodní praktiku, jež je za všech okolností považována za nekalou. V projednávaném případě vyvstává otázka týkající se výkladu tohoto ustanovení unijního práva, na kterou nelze jednoznačně odpovědět.
- 40 Smyslem páté předběžné otázky je objasnit, jaké požadavky je třeba klást na „nabídky“ ve smyslu bodu 26 první věty přílohy I směrnice 2005/29.
- 41 Znak nabízení předpokládá reklamu, která je cíleně zaměřena na určitého zákazníka. V tomto ohledu vyvstává otázka, zda se o cílenou individualizovanou reklamu, která splňuje podmínky nabízení, jedná pouze v případě, že je zákazník kontaktován za pomoci prostředku, který tradičně slouží k individuální komunikaci mezi odesílatelem a příjemcem, jako je telefon, fax nebo e-mail, nebo zda postačuje, pokud – jako v projednávaném případě – je vazba na konkrétního zákazníka vytvořena tím, že se reklama zobrazí ve složce příchozích zpráv soukromého e-mailového účtu, a tedy na místě, kde zákazník očekává zprávy, které jsou určeny konkrétně jemu.
- 42 Znění bodu 26 první věty přílohy I směrnice 2005/29 připouští oba výklady. Vzhledem k tomu, že – jak již bylo uvedeno – je reklamou zobrazovanou ve složce příchozích zpráv narušováno soukromí zákazníka a zákazník je mimoto obtěžován ve větší míře, než je tomu u běžné bannerové reklamy, která je zobrazována v částech internetových stránek, které jsou k tomu běžně určeny a které nejsou individualizovány, mohl by být dotčen rovněž cíl ochrany sledovaný uvedeným ustanovením.