

Sprawa C-102/20

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości

Data wpływu:

26 lutego 2020 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

30 stycznia 2020 r.

Strona powodowa i strona wnosząca skargę rewizyjną:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Strona pozwana i druga strona postępowania rewizyjnego:

eprimo GmbH

Interwient po stronie pozwanej:

Interactive Media CCSP GmbH

Przedmiot postępowania głównego

Nieuczciwa konkurencja, zaniechanie reklamy sprzecznej z zasadami konkurencji

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia prawa Unii, art. 267 TFUE

Pytania prejudycjalne

1. Czy pojęcie wysłania w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58/WE jest spełnione, jeżeli wiadomość jest przesyłana nie przez jednego użytkownika usługi łączności elektronicznej do innego użytkownika

za pośrednictwem usługodawcy na „adres” elektroniczny drugiego użytkownika, lecz w wyniku otwarcia chronionej hasłem strony internetowej konta poczty elektronicznej jest automatycznie wyświetlany przez serwery reklamowe w określonych wyznaczonych do tego obszarach w skrzynce odbiorczej poczty elektronicznej losowo wybranego użytkownika (reklama w skrzynce odbiorczej)?

2. Czy odebranie wiadomości w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58/WE wymaga, aby odbiorca po uzyskaniu informacji o istnieniu wiadomości, dając z własnej woli polecenie odebrania, wywołał określoną technicznie transmisję danych z wiadomości, czy też wystarczy, by pojawienie się wiadomości w skrzynce odbiorczej konta poczty elektronicznej zostało wywołane w ten sposób, że użytkownik otwiera zabezpieczoną hasłem stronę internetową swojego konta poczty elektronicznej?
3. Czy poczta elektroniczna w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE występuje również wtedy, gdy wiadomość nie jest przesyłana do indywidualnego odbiorcy wskazanego konkretnie już przed transmisją, lecz jest wyświetlana w skrzynce odbiorczej losowo wybranego użytkownika?
4. Czy używanie poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE występuje jedynie wtedy, gdy zostanie stwierdzone obciążenie dla użytkownika wykraczające poza uciążliwość?
5. Czy reklama indywidualna w rozumieniu pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE spełniająca przesłanki „namawiania” występuje jedynie wtedy, gdy kontakt z klientem odbywa się za pomocą środka przekazu, który jest tradycyjnie wykorzystywany do indywidualnej komunikacji między nadawcą a odbiorcą, czy też wystarczy, by – jak w przypadku reklamy rozpatrywanej w niniejszej sprawie – indywidualna relacja powstało w ten sposób, że reklama jest wyświetlana w skrzynce odbiorczej prywatnego konta poczty elektronicznej, a zatem w obszarze, w którym klient oczekuje wiadomości kierowanych do niego indywidualnie?

Przywołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.U. 2002, L 201, s. 37), motywy 1, 12, 26, 27 i 40, art. 1 ust. 1, art. 2 lit. h), art. 2 lit. d) zdanie pierwsze, art. 6 ust. 1, art. 13 ust. 1

Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa

wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) (Dz.U. 2005, L 149, s. 22), pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I

Przywołane przepisy prawa krajowego

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwana dalej „UWG”), § 3, § 7 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 2 i 3, § 8 ust. 1 i 2

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Strony dostarczają energię elektryczną do odbiorców końcowych. Interwenientem popierającym żądania pozwanej jest agencja reklamowa.
- 2 Pozwana zleciła interwenientowi nadawanie reklam wyświetlanych w skrzynkach e-mail użytkowników bezpłatnej usługi poczty elektronicznej T-Online. Reklama została zrealizowana w taki sposób, że w dniu 15 stycznia 2017 r. w prywatnej skrzynce pocztowej użytkownika tej usługi poczty elektronicznej w obszarze, w którym przychodzące e-maile są wyświetlane w formie listy (dalej: skrzynka odbiorcza), pojawiła się umieszczona między przychodzącymi e-mailami następująca reklama wyświetlana z następującym tekstem: „eprimo oszczędz więcej: tania energia elektryczna i gaz. Zapewnij sobie teraz topowe ceny eprimo z atrakcyjnym bonusem! Dowiedz się więcej na eprimo.de”. Odpowiednie wyświetlenia reklam pojawiły się w skrzynce odbiorczej użytkownika już w dniach 12 grudnia 2016 r. i 13 stycznia 2017 r.
- 3 Reklama tego rodzaju jest wyświetlana na specjalnych powierzchniach reklamowych w skrzynce odbiorczej skrzynki pocztowej bezpłatnej usługi poczty elektronicznej Telekom Deutschland GmbH. Jest ona określana jako „T-Online.de Mail Ad” i mogła zostać zarezerwowana przez reklamodawców tego dostawcy usług. Na stronie internetowej odwiedzanej przez użytkownika takiej bezpłatnej elektronicznej skrzynki pocztowej w odpowiednim miejscu skrzynki odbiorczej został zintegrowany kod JavaScript serwera reklamowego (TAG). W rezultacie w momencie otwarcia strony do serwera reklamowego została wysłana prośba (adrequest) o wyświetlenie banera reklamowego z puli. Następnie serwer reklamowy wysłał odpowiednie parametry do przeglądarki internetowej użytkownika, na skutek czego losowo wybrany baner reklamowy był wyświetlany w skrzynce odbiorczej użytkownika. Jeśli użytkownik kliknął na wyświetlaną reklamę, dane wejściowe były najpierw przekazywane do serwera reklamowego, który logował kliknięcie i przekierowywał przeglądarkę na stronę reklamodawcy. Reklama pojawiająca się w skrzynce odbiorczej była oznaczona słowem „ogłoszenie” i mogła zostać usunięta ze skrzynki odbiorczej poprzez kliknięcie na znajdujący się obok niej symbol krzyżyka „x”. Reklama pojawiała się – w odróżnieniu od e-maili użytkownika wyświetlanych w skrzynce odbiorczej –

szarym tle i nie zawierała daty ani nadawcy. Ponadto nie można jej było zarchiwizować, odpowiedzieć na nią lub przekazać jej za pomocą opcji przetwarzania poczty elektronicznej udostępnionych przez dostawcę usługi poczty elektronicznej. Nie została ona również uwzględniona w liczbie nieprzeczytanych e-maili użytkownika wykazanych przez usługodawcę i nie zajmowała pamięci w poczcie przychodzącej użytkownika.

- 4 Powódka kwestionuje tę reklamę jako sprzeczną z prawem konkurencji ze względu na niedopuszczalną uciążliwość i wprowadzanie w błąd.
- 5 Landgericht (sąd krajowy) nakazał pozwanej zaniechania reklamy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w celach konkurencji w związku ze sprzedażą energii elektrycznej odbiorcom końcowym, jak opisano powyżej, za pośrednictwem konta e-mail „T-online.de”.
- 6 Po rozpoznaniu apelacji pozwanej sąd apelacyjny oddalił pozew na tej podstawie, że kwestionowane umieszczenie reklamy w skrzynce odbiorczej prywatnych skrzynek pocztowych e-mail nie stanowi niedozwolonej praktyki handlowej w rozumieniu prawa konkurencji.
- 7 Powódka w swojej skardze rewizyjnej (Revision), która została dopuszczona przez sąd apelacyjny i której oddalenia żąda pozwana, domaga się przywrócenia wyroku Landgericht (sądu krajowego).

Zwięzłe uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 8 Uwzględnienie skargi rewizyjnej zależy od tego, czy istnieje roszczenie o zaniechanie dochodzone przez powódkę. Roszczenie to zakłada zgodnie z § 8 ust. 1 zdanie pierwsze UWG, że pozwana lub interwenient, któremu zleciła w rozumieniu § 8 ust. 2 UWG wykonanie spornej reklamy, stosowali praktykę handlową niedozwoloną zgodnie z §§ 3 lub 7 UWG. Kwestionowane zachowanie pozwanej może być niedozwolone zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 3 UWG. Możliwe jest również, że reklama jest niedozwolona zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 UWG.
- 9 Zasadność żądań pozwu zależy od tego, jak należy interpretować przepis § 7 ust. 2 pkt 3 UWG w świetle przepisów dyrektywy 2002/58. Rodzi to pytania wymagające wyjaśnienia dotyczące wykładni art. 2 zdanie drugie lit. h) i art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58.
- 10 Stosownie do § 7 ust. 1 zdanie pierwsze UWG niedozwolone są praktyki handlowe, które stanowią niedopuszczalną uciążliwość dla uczestnika rynku. Niedopuszczalną uciążliwość należy zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 3 UWG zawsze zakładać m.in. w przypadku reklamy przy użyciu poczty elektronicznej bez uprzedniej wyraźnej zgody odbiorcy. Przepis § 7 ust. 2 pkt 3 UWG jest zgodny z pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 i dokonuje transpozycji art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 do prawa niemieckiego. Należy go zatem interpretować w sposób zgodny z prawem Unii w świetle art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58.

- 11 Stosownie do art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 używanie m.in. poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów i użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę. Zgodnie z art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58 „poczta elektroniczna” oznacza wiadomość tekstową, głosową, dźwiękową lub obrazkową wysłaną za pośrednictwem publicznej sieci łączności, która może być przechowywana w sieci lub terminalu odbiorcy do chwili jej odebrania przez odbiorcę. Wątpliwe jest, czy w okolicznościach niniejszej sprawy przesłanki te mogą zostać potwierdzone.
- 12 Wątpliwości budzi w pierwszej kolejności pytanie, czy reklamę zleconą przez pozwaną lub interwenienta działającego na jej zlecenie w rozumieniu § 8 ust. 2 UWG, która pojawia się na specjalnej powierzchni reklamowej w skrzynce odbiorczej skrzynek pocztowych użytkowników bezpłatnej usługi poczty elektronicznej, należy uznać za pocztę elektroniczną w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58.
- 13 Sporna reklama stanowi wiadomość tekstową w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58. Stosownie do art. 2 zdanie drugie lit. d) zdanie pierwsze dyrektywy 2002/58 „komunikat” oznacza każdą informację wymienianą lub przekazaną między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnej łączności elektronicznej. Te przesłanki są spełnione. Reklama pozwanej zawiera informacje w formie tekstowej, za pomocą których polecana jest oferta pozwanej. Informacje te zostały przekazane między określoną liczbą stron. Przekazanie do użytkownika konta e-mail nastąpiło w ten sposób, że wiadomość została przesłana w czasie rzeczywistym przez operatora serwera reklamowego do skrzynki odbiorczej strony konta e-mail w wyniku otwarcia przez użytkownika strony internetowej jego konta e-mail poprzez zalogowanie się i została tam wyświetlona użytkownikowi tego konta e-mail. Informacje reklamowe zostały również przekazane za pośrednictwem publicznie dostępnej usługi łączności elektronicznej. Reklama została wywołana poprzez otwarcie dostępnego w Internecie konta e-mail użytkownika i została odtworzona w skrzynce odbiorczej przewidzianej na stronie internetowej do wyświetlania przychodzących e-maili. Reklama – podobnie jak e-maile – została zatem przekazana w formie elektronicznej w Internecie, a tym samym w publicznie dostępnym medium. Usługa poczty elektronicznej dostępna dla użytkowników za pośrednictwem Internetu jest usługą komunikacji elektronicznej.

W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

- 14 Pierwsze pytanie prejudycjalne zmierza do ustalenia, czy sporna reklama w skrzynce odbiorczej została również „wysłana” w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58.
- 15 Sąd apelacyjny przyjął, że z pojęcia „wysłania”, rozpatrywanego łącznie z innymi użytymi w art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58 pojęciami „poczta” i „sieć łączności”, wynika, że „poczta elektroniczna” występuje tylko wtedy, gdy

wiadomość została przesłana przez jednego użytkownika do innego użytkownika za pośrednictwem usługodawcy (przykładowo dostawcy usług poczty elektronicznej), który dokonał elektronicznej transmisji na „adres” elektroniczny (przykładowo adres e-mail) drugiego użytkownika. W niniejszym sporze brakuje takiego adresowania do konkretnych klientów, ponieważ reklama jest wyświetlana tylko przez serwer reklamowy w określonym obszarze strony internetowej za pomocą predefiniowanych „AdTagów/AdSlotów” zintegrowanych na stronie internetowej.

- 16 Należy przyznać rację temu stanowisku, które opiera się na cechach tradycyjnego e-maila, że gdy przyjmowano dyrektywę 2002/58, również prawodawca prawdopodobnie uznał e-mail za tradycyjną formę poczty elektronicznej, obok SMS-ów, o których wyraźnie wspomniano w motywie 40 dyrektywy 2002/58.
- 17 Jeśli przyjąć przy wykładni art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58 te przesłanki, które sąd apelacyjny uznał za prawidłowe i które opierają się na cechach tradycyjnego e-maila, nie ma tu „wysłania” wiadomości, w związku z czym zakwestionowana reklama w skrzynce odbiorczej nie stanowi poczty elektronicznej. Reklama w skrzynce odbiorczej nie jest przesyłana przez użytkownika usługi komunikacji elektronicznej do innego wybranego przez niego użytkownika za pośrednictwem usługodawcy (przykładowo dostawcy poczty elektronicznej) na „adres” elektroniczny (przykładowo adres e-mail) tego drugiego użytkownika, lecz jest wyświetlana przez serwery reklamowe w określonych wyznaczonych do tego obszarach w skrzynce odbiorczej losowo wybranego użytkownika w wyniku otwarcia konta e-mail.
- 18 Cel ochrony określony w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 mógłby przemawiać przeciwko wykładni cechy „wysłana” przyjętej przez sąd apelacyjny w oparciu o cechy tradycyjnego e-maila. Celem tego przepisu, który przejmuje pojęcie poczty elektronicznej określone w art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58 i reguluje jej stosowanie, jest ochrona użytkowników przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego (zob. motyw 40 dyrektywy 2002/58). Nie wydaje się, by w związku z przewidywanym szybkim rozwojem technicznym prawodawca zamierzał w sposób statyczny utrwalić pojęcie poczty elektronicznej w „tradycyjnych” formach e-maili, SMS-ów lub MMS-ów znanych w momencie wejścia w życie dyrektywy. Bardziej prawdopodobne jest, że w interesie ochrony prywatności użytkowników wybrał on pojęcie dynamiczne i neutralne, jeżeli chodzi o aspekty techniczne, które na przykład umożliwia uwzględnienie również wiadomości elektronicznych w ramach sieci społecznościowych, które dopiero niedawno nabrały znaczenia. Ponieważ prywatność użytkowników środków komunikacji elektronicznej może być naruszana nie tylko przez niezamówione komunikaty przesyłane za pomocą tradycyjnych form indywidualnej komunikacji elektronicznej, takich jak e-maile, SMS-y lub MMS-y, ale także przez nowe formy masowej komunikacji elektronicznej, właściwe wydaje, aby pojęcie wysłania interpretować nie w oparciu o tradycyjne formy komunikacji elektronicznej w znaczeniu przesyłania przez konkretnego użytkownika do innego

z góry oznaczonego użytkownika, ale funkcjonalnie w znaczeniu rozpowszechniania.

- 19 Na podstawie tego funkcjonalnego rozumienia rozpatrywanego pojęcia, opartego na celu ochrony określonym w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, reklamę w skrzynce odbiorczej, o której mowa w niniejszym sporze, można by uznać za wysłaną w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58. Motyw 40 dyrektywy 2002/58 również potwierdza ten pogląd. Zgodnie z nim użytkowników publicznych sieci łączności elektronicznej należy chronić przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego, bowiem te formy niezamówionych komunikatów handlowych są stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu. Uwagi te dotyczą rozpatrywanej w niniejszej sprawie reklamy w skrzynce odbiorczej.

W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

- 20 Drugie pytanie prejudycjalne ma na celu ustalenie, jakie wymogi musi spełniać przesłanka, o której mowa w art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58, aby wiadomość mogła być przechowywana w sieci lub terminalu odbiorcy do chwili jej odebrania przez odbiorcę.
- 21 Sąd apelacyjny przyjął, że w przypadku spornej reklamy w skrzynce odbiorczej brak jest odebrania w tym znaczeniu. Z motywu 27 dyrektywy 2002/58 wynika, że pobranie wiadomości zakłada świadome działanie odbiorcy. Odbiorca wiadomości, po otrzymaniu informacji o niej, musi uzyskać dostęp do danych w trybie online za pomocą działania – a zatem poprzez ingerencję w świat zewnętrzny w oparciu o akt woli. Decydującym czynnikiem jest to, że swoim żądaniem pobrania danych pobierający może uruchomić proces transmisji danych, który jest z góry określony przez program. W niniejszej sprawie brak jest odebrania wiadomości w tym znaczeniu. Przeciwnie, użytkownik usługi poczty elektronicznej musi jedynie otworzyć serwis poczty elektronicznej za pomocą przeglądarki internetowej na stronie internetowej Deutsche Telekom, aby baner reklamowy mógł być wyświetlany w czasie rzeczywistym za pośrednictwem serwera reklamowego, przy czym użytkownik nie musi tego procesu zauważyć ani nie może w drodze aktu woli zdecydować o wyświetlaniu lub nie wyświetlaniu go.
- 22 Wykładnia ta jest zgodna z ewentualnym dosłownym znaczeniem pojęcia „odebranie” w art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58. Poza tym mógłby za nią przemawiać motyw 27 dyrektywy 2002/58. Zgodnie z nim w przypadku poczty elektronicznej transmisja wiadomości zostaje zakończona w chwili pobrania wiadomości przez odbiorcę, zazwyczaj z serwera usługodawcy. Sformułowanie to może wskazywać, że pobranie poczty elektronicznej zakłada aktywność użytkownika skierowaną ostatecznie na transmisję wiadomości zwykle z serwera usługodawcy.

- 23 Zgodnie z tą wąską wykładnią, która ponownie opiera się na standardowym przypadku poczty elektronicznej, reklama w skrzynce odbiorczej będąca przedmiotem sporu nie spełnia przesłanek poczty elektronicznej w rozumieniu art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy 2002/58. Otwierając swoje konto e-mail na stronie internetowej usługodawcy, użytkownik dokumentuje swoją wolę, aby jego e-maile przechowywane na serwerze poczty elektronicznej usługodawcy były wyświetlane i przekazywane do niego. Jednak w świetle doświadczenia życiowego jego wola z reguły nie jest ukierunkowana na to, aby dodatkowo były mu wyświetlane komunikaty handlowe w skrzynce odbiorczej jego konta e-mail przez serwer reklamowy.
- 24 Natomiast wykładnia funkcjonalna, która jest oparta na celu ochrony określonym w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, przemawia przeciwko stanowisku przyjętemu przez sąd apelacyjny. Zgodnie z nią użytkownik powinien być chroniony przed niezamówionymi komunikatami handlowymi, które mogą być stosunkowo łatwo i tanio przesyłane przez reklamodawcę za pośrednictwem sieci łączności elektronicznej i które mogą powodować obciążenie dla użytkownika (motyw 40 dyrektywy 2002/58). Mając na uwadze ten cel nie wydaje się przekonujące rozróżnienie między e-mailem o treści reklamowej, który bez wątpienia mieści się w pojęciu poczty elektronicznej – ewentualnie wysyłanej masowo – a spornym komunikatem handlowym. Oba komunikaty pojawiają się w skrzynce odbiorczej, a więc w obszarze strony internetowej otwartej przez użytkownika w celu zapoznania się z jego e-mailami, w której zgodnie z przeznaczeniem są wyświetlane e-maile. Ponadto z punktu widzenia obciążającego działania, któremu powinien zapobiegać art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, bez znaczenia jest, czy komunikat handlowy jest wyświetlany w skrzynce odbiorczej konta e-mail przez serwer pocztowy usługodawcy czy też przez serwer reklamowy usługodawcy lub przedsiębiorstwo współpracujące z usługodawcą. Decydująca byłaby raczej nie techniczna, lecz funkcjonalna wykładnia oparta na celu ochrony, uwzględniająca obciążające działanie danej formy reklamy dla użytkownika. Mogłoby ono wynikać z faktu, że zakwestionowana reklama jest przesyłana i wyświetlana w skrzynce odbiorczej konta e-mail, a więc w obszarze, w którym użytkownik oczekuje tylko wiadomości e-mail, które są kierowane do niego indywidualnie.
- 25 Taka wykładnia oparta na celu ochrony jest również zgodna z brzmieniem art. 2 zdanie drugie lit. h) dyrektywy. Występuje tu odebranie w rozumieniu działania użytkownika, które ma ostatecznie na celu zapoznanie się z wiadomościami otrzymanymi w skrzynce odbiorczej konta e-mail. Zgodnie z ustaleniami sądu apelacyjnego przekazywanie reklamy z serwera reklamowego do skrzynki odbiorczej jest uruchamiane, gdy użytkownik odwiedzi stronę swojego konta e-mail w Internecie i zaloguje się tam za pomocą swoich danych osobowych dostępu. To, że użytkownik chce z reguły zapoznać się tylko z prywatnymi i służbowymi e-mailami, a nie z nieinteresującymi go lub irytującymi komunikatami reklamowymi, takimi jak spam czy wyświetlenia reklam, nie zmienia faktu, że otwarcie konta e-mail w Internecie jest ostatecznym aktem odebrania.

- 26 Sporna reklama w skrzynce odbiorczej była przechowywana na serwerze reklamowym, a tym samym w sieci, aż do momentu wyświetlenia reklamy wywołanego przez zalogowanie.
- 27 Nic innego nie wydaje się wynikać z motywu 27 dyrektywy 2002/58, który stanowi, że w przypadku poczty elektronicznej transmisja zostaje zakończona w chwili pobrania wiadomości przez odbiorcę, zazwyczaj z serwera usługodawcy. Nie można z tego wywnioskować, że poczta elektroniczna obejmuje jedynie komunikaty, które są przechowywane na serwerze usługodawcy, choćby już dlatego, że z użycia słowa „zazwyczaj” jasno wynika, że prawodawca nie ustanowił w ten sposób wyczerpującej przesłanki tego pojęcia, a jedynie opisał występujący zwykle faktyczny przypadek. Ponadto należy uwzględnić kontekst regulacyjny motywu 27 dyrektywy 2002/58. Przepis ten odnosi się do kwestii momentu, w którym dane o ruchu muszą zostać usunięte. W tym względzie decydujący jest moment zakończenia transmisji komunikatu (zob. art. 6 ust. 1 i motyw 26 dyrektywy 2002/58). W tym kontekście motyw 27 dyrektywy 2002/58 odnosi się do chwili, w której transmisja poczty elektronicznej zostaje zakończona poprzez pobranie wiadomości przez odbiorcę. Nie wydaje się, aby wynikały z tego rozstrzygające kryteria wykładni dla przewidzianej w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 ochrony prywatności użytkownika przed niezamówionym marketingiem bezpośrednim za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

- 28 Trzecie pytanie prejudycjalne ma na celu ustalenie, czy poczta elektroniczna w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 występuje również wtedy, gdy komunikat nie jest kierowany do indywidualnego odbiorcy już konkretnie wskazanego przed transmisją, lecz jego wyświetlanie jest dokonywane losowo, jak w niniejszym sporze.
- 29 Sąd apelacyjny przyjął, że poczta elektroniczna w rozumieniu § 7 ust. 2 pkt 3 UWG zakłada, iż wysłanie następuje „indywidualnie”, to znaczy do konkretnie zaadresowanego odbiorcy, który jest określony przed wysłaniem i z tego względu możliwa jest uprzednia komunikacja z nim dotycząca zgody na wysłanie. Wynika to z faktu, że dopuszczalność form reklamy przewidzianych w § 7 ust. 2 pkt 2 UWG zakłada istnienie uprzedniej wyraźnej zgody adresata. Wymóg tego rodzaju uprzedniej wyraźnej zgody zakłada z konieczności istnienie konkretnego adresata, który może poinformować reklamodawcę, czy wyraża zgodę na reklamę. Sporna reklama jest jednak wyświetlana losowo klientom bezpłatnej usługi poczty elektronicznej, bez możliwości wcześniejszej komunikacji dotyczącej zgody klienta.
- 30 Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy można zgodzić się z tym stanowiskiem. Zgodnie z art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 używanie poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów lub użytkowników, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę. Z wymogu

tego nie można jednak wnioskować a contrario, że wszystkie formy marketingu bezpośredniego za pośrednictwem sieci komunikacyjnych są dopuszczalne bez zgody, jeżeli ze względu na procesy techniczne stosowane przez reklamodawcę zgoda użytkowników nie może być uzyskana przed wykorzystaniem konkretnej reklamy.

W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

- 31 Czwarte pytanie prejudycjalne zmierza do ustalenia, czy używanie poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 występuje tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone obciążenie użytkownika, które wykracza poza pewną uciążliwość (stwierdzoną przez sąd apelacyjny w niniejszym sporze).
- 32 Sąd apelacyjny uznał, że znaczenie i cel § 7 ust. 2 pkt 3 UWG, które należy określić w świetle motywu 40 dyrektywy 2002/58, stoją na przeszkodzie stosowaniu tego przepisu do spornej reklamy. Prawdą jest, że dla użytkownika usługi poczty elektronicznej uciążliwe jest pojawianie się reklamy w poczcie przychodzącej – umieszczonej w nowych przychodzących e-mailach. Ponadto, ponieważ dla nieuważnego odbiorcy reklama sprawia wrażenie e-maila i dlatego jest bardziej dostrzegalna niż reklama poza skrzynką poczty przychodzącej, stopień uciążliwości musi być oceniony wyżej niż w przypadku reklamy wyświetlanej na marginesie skrzynki pocztowej. Nie występuje jednak żadne obciążenie wykraczające poza tę uciążliwość ani koszty w rozumieniu motywu 40 dyrektywy 2002/58. W szczególności reklama w skrzynce odbiorczej nie jest wliczana do ilości nieprzeczytanych e-maili klienta i nie zajmuje pamięci w skrzynce odbiorczej. Ze względu na różnice wizualne pomiędzy e-mailami a wyświetleniem reklamy nie ma również żadnego nakładu pracy związanego z oddzieleniem ważnych wiadomości elektronicznych od elektronicznego spamu reklamowego.
- 33 Nie można udzielić jednoznacznej odpowiedzi, czy można się zgodzić z taką wykładnią. Brzmienie motywu 40 dyrektywy 2002/58 mogłoby przemawiać za wykładnią dokonaną przez sąd apelacyjny. Nie ma tam mowy o uciążliwości dla użytkownika. Celem jest raczej ochrona użytkowników publicznych sieci łączności elektronicznej przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego, bowiem te formy niezamówionych komunikatów handlowych mogą z jednej strony być stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu, z drugiej strony zaś mogą powodować obciążenie lub koszty dla odbiorcy. Ponadto w niektórych przypadkach ich pojemność może powodować również problemy w sieci łączności elektronicznej i terminalu. Ponieważ niniejszy spór nie wiąże się z żadnymi kosztami dla użytkownika ani problemami w sieci łączności elektronicznej i terminalu, znaczenie ma to, czy reklama w skrzynce odbiorczej stanowi ingerencję w prywatność użytkowników. W każdym razie motyw 40 dyrektywy 2002/58 nie stanowi wyraźnie, że w tym zakresie uciążliwość może być wystarczająca.

- 34 Z drugiej strony dosłowne znaczenie pojęcia „obciążenie”, mając na uwadze odpowiednią ochronę prywatności przed niezamówionym marketingiem bezpośrednim, obejmuje również dokuczliwe naruszenie prywatności, które wyraża się tym, że konsument nie jest (tylko) konfrontowany z reklamą w obszarach strony internetowej, które są powszechnie wykorzystywane do tego celu, które może zatem łatwo zignorować, ale (także) w skrzynce odbiorczej konta poczty elektronicznej, a tym samym w obszarze strony internetowej dostawcy usług poczty elektronicznej, na której wyświetlane są wiadomości e-mail skierowane indywidualnie do użytkownika i które w związku z tym będą odwiedzane przez użytkownika w sposób celowy, tzn. postrzegane ze szczególną uwagą. Ponadto, jak wynika z doświadczenia życiowego, użytkownik będzie czuł się mocniej indywidualnie namawiany przez komunikaty reklamowe pojawiające się w skrzynce odbiorczej przeznaczonej dla wiadomości kierowanych do niego osobiście niż przez reklamy banerowe umieszczone przykładowo na marginesie strony internetowej i wyraźnie skierowane do ogółu odbiorców. Z tego może również wynikać zwiększone uciążliwe działanie – w zależności od treści i przedmiotu reklamy.
- 35 Należy również wziąć pod uwagę, że prywatne, chronione hasłem konto e-mail należy do sfery życia prywatnego, chronionej przez ogólne prawa osobiste. W tej sferze dana osoba powinna być chroniona nie tylko przed wymuszaniem na niej przeglądania skierowanych do niej komunikatów i oddzielania reklamy od innych komunikatów. Poza tym jako wyraz osobistego prawa do samostanowienia na szczególną ochronę zasługuje również wola danej osoby, aby zachować swoją prywatną sferę życia wolną od przymusu zajmowania się reklamą i jej działaniem sugestywnym. Zgodnie z art. 1 ust. 1 oraz motywami 1, 12 i 40 dyrektywy 2002/58/WE ochronie prywatności użytkownika w sektorze łączności elektronicznej służy także art. 13 ust. 1 tej dyrektywy. Ponadto należy uwzględnić, że przy ocenie obciążającego działania środka reklamowego naruszającego prywatność istnieje zgodnie z doświadczeniem życiowym ryzyko wzrostu uciążliwości ze względu na szerzenie się tej formy reklamy.
- 36 Ponieważ to ochrona prywatności, a nie ochrona użytkownika przed informacjami wprowadzającymi w błąd, ma decydujące znaczenie dla wykładni opartej na celu ochrony art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, dla zbadania tego przepisu nie ma znaczenia, że wygląd reklam wyświetlanych w skrzynce odbiorczej użytkownika różni się od e-maili i że rozróżnienie to jest również jasne dla użytkownika poprzez wskazanie „ogłoszenie” powiązane z reklamą w skrzynce odbiorczej. Ponadto zgodnie z doświadczeniem życiowym użytkownik będzie poświęcał czas ze względu na strukturę komunikatu i wyświetlanie komunikatu reklamowego oraz pobieżną lekturą nawet wtedy, gdy od samego początku będzie w stanie jasno i jednoznacznie rozpoznać komunikat reklamowy pojawiający się w skrzynce odbiorczej jego konta e-mail jako reklamę i usunąć go. Z tych samych powodów okoliczności przytoczone przez sąd apelacyjny, a mianowicie że reklama nie jest uwzględniana w liczbie nieprzeczytanych e-maili klienta i nie zajmuje także pamięci w poczcie przychodzącej, nie wykluczają przyjęcia naruszenia art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58.

- 37 Wbrew stanowisku sądu apelacyjnego dla naruszenia prywatności użytkownika prywatnej usługi poczty elektronicznej może mieć znaczenie to, czy zostanie on skonfrontowany z reklamą nie tylko w miejscach zwykle wykorzystywanych dla komunikatów reklamowych, ale również w obszarze strony internetowej swojego dostawcy poczty elektronicznej, w którym zgodnie z przeznaczeniem znajdują się e-maile kierowane do niego osobiście i na który jego indywidualna uwaga zostanie siłą rzeczy skierowana ze szczególną intensywnością. Potwierdzają to również ustalenia sądu apelacyjnego. Sąd ten stwierdził, że dla użytkownika usługi poczty elektronicznej uciążliwe jest pojawienie się reklamy w poczcie przychodzącej – umieszczanej w nowo przychodzących e-mailach. Ponieważ dla nieuwważnego odbiorcy reklama sprawia wrażenie e-maila i dlatego jest bardziej dostrzegalna niż reklama poza skrzynką poczty przychodzącej, stopień uciążliwości musi być oceniony wyżej niż reklama wyświetlana na marginesie skrzynki pocztowej. Ustalenia te są zgodne z doświadczeniem życiowym.

W przedmiocie piątego pytania prejudycjalnego

- 38 W niniejszym sporze przedmiotowa reklama może zostać uznana za niedozwoloną zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 UWG. Przy stosowaniu tych przepisów pojawia się pytanie wymagające wyjaśnienia dotyczące wykładni pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29.
- 39 Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 UWG w przypadku reklamy przy użyciu środków komunikacji handlowej odpowiednich dla sprzedaży na odległość niewymienionych w pkt 2 i 3 tego przepisu, przez które klient jest uporczywie namawiany, mimo że sobie tego wyraźnie nie życzy, należy zawsze zakładać niedopuszczalną uciążliwość w rozumieniu § 7 ust. 1 zdanie pierwsze UWG. Przepis ten służy transpozycji pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29 i w świetle tego uregulowania powinien być interpretowany zgodnie z dyrektywą. Zgodnie z pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29 w każdych okolicznościach nieuczciwą agresywną praktykę handlową stanowi uporczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków niemających znaczenia dla niniejszego sporu oraz w zakresie, w jakim zachowanie takie jest uzasadnione przez prawo krajowe w celu egzekwowania zobowiązań umownych. W niniejszym sporze pojawia się pytanie, na które nie można jednoznacznie odpowiedzieć, dotyczące wykładni tego przepisu prawa Unii.
- 40 Piąte pytanie prejudycjalne zmierza do ustalenia, jakie przesłanki powinno spełniać „namawianie” w rozumieniu pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29.
- 41 Cecha namawiania zakłada, że reklama jest celowo skierowana do indywidualnego klienta. W związku z tym pojawia się pytanie, czy ukierunkowana reklama indywidualna, spełniająca przesłanki namawiania,

występuje jedynie wtedy, gdy kontakt z klientem odbywa się za pomocą środka przekazu, który jest tradycyjnie wykorzystywany do indywidualnej komunikacji między nadawcą a odbiorcą, takiego jak telefon, faks lub e-mail, czy też wystarczy, że – jak w niniejszym sporze – relacja z konkretnym klientem powstaje w ten sposób, że reklama jest wyświetlana w skrzynce odbiorczej prywatnego konta e-mail, a więc w obszarze, w którym klient oczekuje komunikatów kierowanych do niego indywidualnie.

- 42 Brzmienie pkt 26 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29 dopuszcza obie wykładnie. Ponieważ, jak już wyjaśniono, reklama w skrzynce odbiorczej wpływa na prywatność klienta i poza tym klient jest większym stopniu nękany niż w przypadku tradycyjnej reklamy banerowej w niemających indywidualnego odniesienia obszarach strony internetowej zwykle zarezerwowanych do tego celu, może to również dotyczyć celu ochrony określonego w tym przepisie.

DOKUMENT ROBOCZY