

Vec C-102/20

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

26. február 2020

Vnútroštátny súd:

Bundesgerichtshof

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

30. január 2020

Žalobkyňa a navrhovateľka v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Žalovaná a odporkyňa v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

eprimo GmbH

Vedľajšia účastníčka konania na strane žalovanej:

Interactive Media CCSP GmbH

Predmet konania vo veci samej

Nekalá súťaž, zdržanie sa protisúťažnej reklamy

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Výklad práva Únie, článok 267 ZFEÚ

Prejudiciálne otázky

1. Je pojem posielanie v zmysle článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58/ES splnený, ak správu nepoše užívateľ elektronickej komunikačnej služby inému užívateľovi prostredníctvom poskytovateľa služby na elektronickú „adresu“ druhého užívateľa, ale v dôsledku otvorenia internetovej stránky e-mailového účtu, ktorá je chránená heslom, ju reklamné servery automatizovaným spôsobom zobrazia na určitých plochách, ktoré sú na to určené, v priečinku doručených e-mailových správ užívateľa vybraného podľa zásady náhodnosti (reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ)?
2. Vyžaduje vyvolanie [prevzatie – *neoficiálny preklad*] správy v zmysle článku 2 druhej vety 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 priečinku doručených správ e-mailového účtu v dôsledku toho, že užívateľ otvorí internetovú stránku svojho e-mailového účtu, ktorá je chránená heslom?
3. Ide o elektronicкую poštu v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58/ES aj vtedy, keď sa správa nepoše individuálnemu príjemcovi, ktorý je konkrétne určený už pred prenosom, ale sa zobrazí v priečinku doručených správ užívateľa vybraného podľa zásady náhodnosti?
4. Ide o používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58/ES len vtedy, keď sa zistí zaťažovanie užívateľa, ktoré prekračuje rámec obťažovania?
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 priečinku doručených

správ súkromného e-mailového účtu, a teda v časti, v ktorej zákazník očakáva správy, ktoré sú mu individuálne určené?

Uvádzané predpisy práva Únie

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002 týkajúca sa spracovávania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (smernica o súkromí a elektronických komunikáciách) (Ú. v. ES L 201, 2002, s. 37; Mim. vyd. 13/029, s. 514), odôvodnenia 1, 12, 26, 27 a 40, článok 1 ods. 1, článok 2 písm. h), článok 2 písm. d) prvá veta, článok 6 ods. 1, článok 13 ods. 1

Smernica 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“) (Ú. v. EÚ L 149, 2005, s. 22), príloha I bod 26 prvá veta

Uvádzané vnútroštátne právne predpisy

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zákon proti nekalej súťaži, ďalej len „UWG“), § 3, § 7 ods. 1, § 7 ods. 2 body 1, 2 a 3, § 8 ods. 1 a 2

Zhrnutie skutkového stavu a konania vo veci samej

- 1 Účastníci konania dodávajú koncovým zákazníkom elektrickú energiu. Vedľajšia účastníčka konania na strane žalovanej je reklamná agentúra.
- 2 Žalovaná poverila vedľajšiu účastníčku konania zobrazovaním reklamných správ v e-mailových schránkach užívateľov bezplatnej e-mailovej služby T-Online. Reklama bola realizovaná tak, že v súkromnej e-mailovej schránke užívateľa tejto e-mailovej služby sa 15. januára 2017 v časti, v ktorej sa zobrazujú zoradené doručené e-maily (ďalej len „priečinkor doručených správ“), ako súčasť doručených e-mailov objavila nasledujúca reklamná správa s týmto textom: „eprimo Ušetrite viac: kupujte elektrinu a plyn výhodne. Zaisťte si teraz najlepšie ceny eprimo s atraktívnym bonusom! Viac sa dozviete na eprimo.de“. Takéto reklamné správy sa objavili v priečinku doručených správ užívateľa už 12. decembra 2016 a 13. januára 2017.
- 3 Taká reklama sa zobrazuje na osobitných reklamných plochách v priečinku doručených správ e-mailovej schránky bezplatnej e-mailovej služby spoločnosti Telekom Deutschland GmbH. Označuje sa ako „T-Online.de Mail Ad“ („e-mailová reklama T-Online.de“) a reklamní klienti tohto poskytovateľa si ju mohli objednať. Na internetovej stránke, ktorú otvoril užívateľ takej bezplatnej

e-mailovej schránky, bol na príslušnom mieste priečinka doručených správ vložený javascriptový kód reklamného servera (tag). Prostredníctvom neho sa pri otvorení internetovej stránky reklamnému serveru zaslala požiadavka (Adrequest) na zobrazenie jedeného z viacerých reklamných banerov. Reklamný server následne zaslal príslušné parametre internetovému prehliadaču užívateľa, v dôsledku čoho sa v priečinku doručených správ užívateľa zobrazil reklamný baner vybraný podľa zásady náhodnosti. Ak užívateľ klikol na zobrazenú reklamu, táto požiadavka bola najprv odoslaná reklamnému serveru, ktorý toto kliknutie zaprotokoloval a presmeroval prehliadač na stránku inzerenta. Reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ bola označená slovom „inzercia“ a kliknutím na symbol krížika „x“, ktorý sa nachádzal vedľa nej, sa dala odstrániť z priečinka doručených správ. Reklama sa zobrazila – na rozdiel od e-mailov zobrazených v priečinku doručených správ užívateľa – na sivom podklade a nebol v nej uvedený dátum ani odosielateľ. Okrem toho ju nebolo možné archivovať, odpovedať na ňu alebo ju poslať ďalej pomocou funkcií spracovania, ktoré poskytovateľ e-mailovej služby určil pre e-mailly. Tiež sa nezapočítavala do počtu neprečítaných e-mailov užívateľa, ktorý zobrazovala e-mailová služba, ani nezaberala miesto v priečinku doručených správ užívateľa.

- 4 Žalobkyňa namieta, že táto reklama je protisúťažná, z hľadiska neprijateľného obťažovania a zavádzania.
- 5 Krajský súd uložil žalovanej, aby v obchodnom styku na účely súťaže v súvislosti s predajom elektrickej energie koncovým spotrebiteľom prestala uskutočňovať reklamu, aká bola opísaná vyššie, cez e-mailový účet „T-online.de“.
- 6 Na základe odvolania žalovanej odvolací súd zamietol žalobu s odôvodnením, že namietané zobrazovanie reklamy v priečinku doručených správ súkromných e-mailových schránok nie je obchodnou praktikou, ktorá by bola z hľadiska súťažného práva neprípustná.
- 7 Opravným prostriedkom „Revision“, ktorý odvolací súd povolil a ktorý žalovaná navrhuje zamietnuť, sa žalobkyňa usiluje o obnovenie rozsudku, ktorý vydal krajský súd.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 8 Úspech opravného prostriedku „Revision“ závisí od toho, či existuje nárok na zdržanie sa konania, ktorý uplatňuje žalobkyňa. Tento nárok podľa § 8 ods. 1 prvej vety UWG vyžaduje, aby žalovaná alebo vedľajšia účastníčka konania, ktorú žalovaná poverila reklamou, o ktorú ide v prejednávanej veci, v zmysle § 8 ods. 2 UWG uskutočnila neprípustnú obchodnú praktikú podľa § 3 alebo § 7 UWG. Konanie vytýkané žalovanej môže byť neprípustné podľa § 7 ods. 2 bodu 3 UWG. Navyše prichádza do úvahy, že táto reklama je neprípustná podľa § 7 ods. 2 bodu 1 UWG.

- 9 Dôvodnosť žalobných návrhov závisí od toho, ako sa má vykladať ustanovenie § 7 ods. 2 bodu 3 UWG vo svetle ustanovení smernice 2002/58. Pritom vznikajú otázky týkajúce sa výkladu článku 2 druhej vety písm. h) a článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, ktoré treba objasniť.
- 10 Podľa § 7 ods. 1 prvej vety UWG je obchodná praktika, ktorá neprijateľným spôsobom obťažuje jedného z účastníkov trhu, neprípustná. Podľa § 7 ods. 2 bodu 3 UWG sa má vždy predpokladať, že ide o neprijateľné obťažovanie, okrem iného v prípade reklamy uskutočňovanej s použitím elektronickej pošty, s ktorou adresát vopred výslovne nesúhlasil. Ustanovenie § 7 ods. 2 bodu 3 UWG je v súlade s bodom 26 prílohy I smernice 2005/29 a týmto ustanovením sa do nemeckého práva preberá článok 13 ods. 1 smernice 2002/58. Treba ho teda vykladať v súlade s právom Únie vo svetle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58.
- 11 Podľa článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 sa okrem iného používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy môže povoliť len s predchádzajúcim súhlasom účastníkov alebo užívateľov. Podľa článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58 „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*]. Je sporné, či sú tieto podmienky za okolností prejednávaneho prípadu splnené.
- 12 V prvom rade je sporné, či sa reklama, ktorú uskutočňuje žalovaná alebo vedľajšia účastníčka konania poverená žalovanou v zmysle § 8 ods. 2 UWG a ktorá sa zobrazuje na osobitných reklamných plochách v priečinku doručených správ e-mailových schránok užívateľov bezplatnej e-mailovej služby, má považovať za elektronicкую poštu v zmysle článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58.
- 13 Reklama, o ktorú ide v prejednávanej veci, predstavuje textovú správu v zmysle článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58. Podľa článku 2 druhej vety písm. d) prvej vety smernice 2002/58 „správa“ znamená akékoľvek informácie vymieňané alebo prenášané medzi konečným počtom účastníkov pomocou verejne dostupnej elektronickej komunikačnej služby. Tieto podmienky sú splnené. Reklama žalovanej obsahuje informáciu v textovej forme, ktorou sa propaguje ponuka žalovanej. Táto informácia bola prenášaná medzi konečným počtom účastníkov. Prenos k užívateľovi e-mailového účtu sa uskutočnil tak, že prevádzkovateľ reklamného servera v reálnom čase odoslal správu v dôsledku otvorenia internetovej stránky e-mailového účtu užívateľa, ktoré vykonal užívateľ tým, že sa prihlásil, do priečinka doručených správ internetovej stránky e-mailového účtu a táto správa tam bola zobrazená užívateľovi tohto e-mailového účtu. Táto reklamná informácia navyše bola prenášaná pomocou verejne dostupnej elektronickej komunikačnej služby. Reklama bola uskutočnená na základe otvorenia e-mailového účtu užívateľa dostupného na internete a zobrazená v priečinku doručených správ, ktorý je v rámci internetovej stránky určený na zobrazovanie doručených e-mailov. Reklama bola preto – tak ako e-maily – prenášaná v elektronickej forme na internete, a teda prostredníctvom verejne

dostupného média. E-mailová služba, ktorá je dostupná pre užívateľov prostredníctvom internetu, je elektronickou komunikačnou službou.

O prvej prejudiciálnej otázke

- 14 Prvou prejudiciálnou otázkou sa má objasniť, či reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ, o ktorú ide v prejednávanej veci, bola aj „posielaná“ v zmysle článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58.
- 15 Odvolací súd predpokladal, že z pojmu „posielanie“ v celkovej súvislosti s ďalšími pojmami „pošta“ a „komunikačná sieť“, ktoré sú použité v článku 2 druhej vete písm. h) smernice 2002/58, vyplýva, že o „elektronickú poštu“ ide len v prípade, ak užívateľ pošle správu inému užívateľovi prostredníctvom poskytovateľa služby (napríklad poskytovateľa e-mailovej služby), ktorý vykoná elektronický prenos na elektronickú „adresu“ (napríklad e-mailovú adresu) druhého užívateľa. V prejednanom prípade správa nie je takto adresovaná určitým zákazníkom, lebo reklama sa zobrazuje len cez reklamný server na určitej vymedzenej ploche internetovej stránky cez preddefinované „reklamné tagy/reklamné sloty“ vložené do webovej stránky.
- 16 V súvislosti s týmto názorom zameraným na znaky bežného e-mailu treba uznať, že je možné, že aj tvorca smernice pri prijímaní smernice 2002/58 považoval e-mail popri správe SMS, ktorá je výslovne spomenutá v odôvodnení 40 smernice 2002/58, za klasickú formu elektronickej pošty.
- 17 Ak by sa pri výklade článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58 vychádzalo z týchto požiadaviek, ktoré odvolací súd považoval za správne a ktoré sú zamerané na znaky bežného e-mailu, v tomto prípade by nedošlo k „posielaniu“ správy, takže sporná reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ by nebola elektronickou poštou. Reklamu zobrazovanú v priečinku doručených správ neposielala užívateľ elektronickej komunikačnej služby inému užívateľovi, ktorého si vybral uvedený užívateľ, prostredníctvom poskytovateľa služby (napríklad poskytovateľa e-mailovej služby) na elektronickú „adresu“ (napríklad e-mailovú adresu) druhého užívateľa, ale v dôsledku otvorenia e-mailového účtu ju reklamné servery zobrazujú na určitých plochách, ktoré sú na to určené, v priečinku doručených správ užívateľa vybratého podľa zásady náhodnosti.
- 18 V neprospech výkladu znaku „posielaný“, vychádzajúceho zo znakov bežného e-mailu, ktorý podal odvolací súd, by mohol svedčiť ochranný účel článku 13 ods. 1 smernice 2002/58. Prostredníctvom tohto ustanovenia, v ktorom je uvedený pojem elektronická pošta, vymedzený v článku 2 druhej vete písm. h) smernice 2002/58, a ktoré upravuje používanie tohto pojmu, majú byť užívatelia chránení proti narušeniu ich súkromia nevyžiadanými správami na účely priamej reklamy (pozri odôvodnenie 40 smernice 2002/58). Nie je zrejmé, že tvorca smernice vzhľadom na predvídateľne rýchly technický vývoj pojmu elektronická pošta chcel staticky upraviť „klasické“ formy e-mailu, správy SMS alebo správy MMS, ktoré boli v čase nadobudnutia účinnosti smernice známe. Je pravdepodobnejšie,

že v záujme ochrany súkromia užívateľov si vybral dynamický a technicky neutrálny pojem, pod ktorý možno napríklad zaradiť aj elektronické správy v rámci sociálnych sietí, ktoré nadobudli význam len nedávno. Keďže zásahy do súkromia užívateľov elektronických komunikačných prostriedkov nemusia byť spôsobené len nevyžiadanými správami posiadanými prostredníctvom klasických foriem elektronickej individuálnej komunikácie, akými sú e-mail, správa SMS alebo správa MMS, ale aj novými formami elektronickej hromadnej komunikácie, javí sa opodstatnené nevykladať pojem posielanie so zameraním na obvyklé formy elektronickej komunikácie v tom zmysle, že určitý užívateľ pošle správu inému, vopred určenému užívateľovi, ale funkčne v zmysle šírenia.

- 19 Ak by sa vychádzalo z tohto funkčného chápania pojmu, zameraného na ochranný účel článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ, o ktorú ide v prejednávanej veci, by mohla byť posielaná v zmysle článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58. V prospech tohto záveru svedčí aj odôvodnenie 40 smernice 2002/58. Podľa tohto odôvodnenia by mala byť užívateľom verejných elektronických komunikačných sietí poskytnutá ochrana proti narušeniu ich súkromia nevyžiadanými správami na účely priamej reklamy, lebo tieto formy nevyžiadaných komerčných správ môžu byť posielané relatívne ľahko a lacno. Tieto konštatovania platia v prípade reklamy zobrazovanej v priečinku doručených správ, o ktorú ide v prejednávanej veci.

O druhej prejudiciálnej otázke

- 20 Druhou prejudiciálnou otázkou sa má objasniť, aké požiadavky musí spĺňať podmienka stanovená v článku 2 druhej vete písm. h) smernice 2002/58, aby správa mohla byť uložená v sieti alebo v koncovom zariadení príjemcu, až kým si ju príjemca neprevezme.
- 21 Odvolací súd predpokladal, že v prípade reklamy zobrazovanej v priečinku doručených správ, o ktorú ide v prejednávanej veci, nedochádza k prevzatiu v tomto zmysle. Z odôvodnenia 27 smernice 2002/58 podľa jeho názoru vyplýva, že prevzatie správy si vyžaduje vedomé konanie adresáta. Príjemca správy musí po tom, čo sa dozvie o správe, určitým konaním – teda navonok smerujúcim prejavom vôle, ktorý spočíva na vedomom rozhodnutí – prevziať dáta, ktoré sú dostupné na internete. Rozhodujúce je, že ten, kto preberá dáta, svojou žiadosťou o prevzatie môže dať podnet na začatie postupu prenosu dát, ktorý je z programovo-technického hľadiska vopred určený. V prejednávanej veci nedochádza k prevzatiu správy v tomto zmysle. Naopak užívateľ e-mailovej služby musí na to, aby sa reklamný baner pomocou reklamného servera zobrazil v reálnom čase, len otvoriť pomocou internetového prehliadača e-mailovú službu na webovej stránke spoločnosti Deutsche Telekom, pričom užívateľ si tento postup vôbec nevšimne a vedomým rozhodnutím sa môže rozhodnúť, či chce alebo nechce, aby sa mu táto reklama zobrazila.

- 22 Tento výklad je v súlade s možným významom pojmu „prevzatie“, ktorý je uvedený v článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58. Okrem toho by v prospech tohto výkladu mohlo svedčiť odôvodnenie 27 smernice 2002/58. Podľa tohto odôvodnenia je prenos správy u elektronickej pošty dokončený hneď potom, čo si adresát prevezme správu, zvyčajne zo servera svojho poskytovateľa služby. Táto formulácia by mohla naznačovať, že prevzatie elektronickej pošty si vyžaduje činnosť užívateľa, ktorá je z hľadiska cieľa zameraná na prenos správy zvyčajne zo servera poskytovateľa služby.
- 23 Podľa tohto reštriktívneho výkladu, ktorý je opäť zameraný na obvyklú situáciu týkajúcu sa e-mailu, reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ, o ktorú ide v prejednávanej veci, nespĺňa podmienky elektronickej pošty v zmysle článku 2 druhej vety písm. h) smernice 2002/58. Užívateľ otvorením svojho e-mailového účtu na internetovej stránke poskytovateľa služby dáva najavo, že chce, aby sa mu zobrazili a doručili e-maily uložené na e-mailovom serveri tejto služby. Prax však ukazuje, že užívateľ spravidla nechce, aby mu reklamný server navyše zobrazoval v priečinku doručených správ jeho e-mailového účtu reklamné správy.
- 24 V neprospech výkladu, ktorý podal odvolací súd, naproti tomu opäť svedčí funkčný výklad zameraný na ochranný účel článku 13 ods. 1 smernice 2002/58. Podľa neho má byť užívateľ chránený pred nevyžiadanými správami, ktoré môže inzerent relatívne ľahko a lacno poslať cez elektronicкую komunikačnú sieť a ktoré znamenajú záťaž pre užívateľa (odôvodnenie 40 smernice 2002/58). So zreteľom na tento účel sa zdá sotva presvedčivé rozlišovať – prípadne hromadne posielaný – e-mail s reklamným obsahom, ktorý nepochybne spadá pod pojem elektronicкая pošta, a reklamnú správu, o ktorú ide v prejednávanej veci. Obe správy sa objavujú v priečinku doručených správ, a teda v časti internetovej stránky, ktorú užívateľ otvára s cieľom prezrieť si e-maily a v ktorej sa vzhľadom na jej účel zobrazujú e-maily. Pre zaťažujúci účinok, ktorému má článok 13 ods. 1 smernice 2002/58 zabrániť, navyše nemá význam, či reklamnú správu v priečinku doručených správ e-mailového účtu zobrazuje e-mailový server poskytovateľa služby alebo reklamný server poskytovateľa služby alebo podnik, ktorý s ním spolupracuje. Rozhodujúci by mohol byť naopak zasa nie technický, ale skôr funkčný výklad zameraný na ochranný účel, ktorý zohľadňuje zaťažujúci účinok určitej formy reklamy na užívateľa. Tento účinok by mohol vyplývať z toho, že sporná reklama sa doručuje a zobrazuje v priečinku doručených správ e-mailového účtu, a teda v časti, v ktorej užívateľ očakáva len e-mailové správy, ktoré sú mu individuálne určené.
- 25 Taký výklad, ktorý je zameraný na ochranný účel, je v súlade aj so znením článku 2 druhej vety písm. h) smernice. Dochádza k prevzatiu v zmysle konania užívateľa, ktoré je z hľadiska cieľa zamerané na prezretie správ doručených do priečinka doručených správ e-mailového účtu. Podľa zistení odvolacieho súdu k prenosu reklamy z reklamného servera do priečinka doručených správ dochádza na základe toho, že užívateľ na internete otvorí stránku svojho e-mailového účtu a prihlási sa tam pomocou svojich osobných prístupových údajov. Skutočnosť, že užívateľ si pritom spravidla chce prezrieť len súkromné alebo obchodné e-maily

a nie reklamné správy, ktoré ho nezaujímajú alebo obťažujú, ako sú spamové e-maily alebo reklamné oznámenia, nič nemení na existencii cieleného konania smerujúceho k prevzatiu, ktoré spočíva v otvorení e-mailového účtu na internete.

- 26 Reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ, o ktorú ide v prejednávanej veci, bola až do zobrazenia tejto reklamy v dôsledku prihlásenia uložená na reklamnom serveri, a teda v sieti.
- 27 Z odôvodnenia 27 smernice 2002/58, v ktorom je stanovené, že u elektronickej pošty je prenos dokončený hneď potom, čo si adresát prevezme správu, zvyčajne zo servera svojho poskytovateľa služby, by nemusel vyplývať iný záver. Záver, že elektronická pošta zahŕňa len správy, ktoré sú uložené na samotnom serveri poskytovateľa služby, z tohto odôvodnenia nemožno vyvodit' už preto, lebo z použitia pojmu „zvyčajne“ vyplýva, že tvorca smernice v tomto odôvodnení nestanovil nijakú konečnú pojmovú podmienku, ale len opísal skutočnú obvyklú situáciu. Navyše treba vziať do úvahy normatívny kontext odôvodnenia 27 smernice 2002/58. V tomto ustanovení ide o to, kedy sa musia vymazať prevádzkové dáta. V tomto smere v rozhodujúcej miere záleží na okamihu dokončenia prenosu správy (pozri článok 6 ods. 1, ako aj odôvodnenie 26 smernice 2002/58). V tomto kontexte sa v odôvodnení 27 smernice 2002/58 vychádza z okamihu dokončenia prenosu elektronickej pošty tým, že adresát si prevezme správu. Nie je zrejmé, že z toho možno vyvodit' smerodajné výkladové kritériá týkajúce sa ochrany súkromia užívateľa pred nevyžiadanou priamou reklamou prostredníctvom elektronickej pošty, ktorá je upravená v článku 13 ods. 1 smernice 2002/58.

O tretej prejudiciálnej otázke

- 28 Treťou prejudiciálnou otázkou sa má objasniť, či o elektronicкую poštu v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58/ES ide aj vtedy, keď sa správa nepoše individuálnemu príjemcovi, ktorý je konkrétne určený už pred prenosom, ale sa zobrazí – tak ako v prejednávanom prípade – podľa zásady náhodnosti.
- 29 Odvolací súd predpokladal, že o elektronicкую poštu v zmysle § 7 ods. 2 bodu 3 UWG ide len vtedy, keď sa správa posíla „individuálne“, teda konkrétne určenému príjemcovi, ktorý je určený pred poslaním a s ktorým preto možno vopred komunikovať o súhlase s poslaním. Vyplýva to z toho, že podmienkou prípustnosti foriem reklamy upravených v § 7 ods. 2 bode 2 UWG je, aby existoval predchádzajúci výslovný súhlas adresáta. Požiadavka týkajúca sa takého predchádzajúceho výslovného súhlasu nevyhnutne vyžaduje existenciu konkrétneho adresáta, ktorý môže inzerentovi oznámiť, či s reklamou súhlasí. Reklama, o ktorú ide v prejednávanej veci, sa však zobrazuje na základe zásady náhodnosti zákazníkovi bezplatnej e-mailovej služby, pričom predchádzajúca komunikácia o súhlase zákazníka nie je možná.
- 30 Vnútroštátny súd má pochybnosti, či s týmto názorom možno súhlasiť. Podľa článku 13 ods. 1 smernice 2002/58 môže byť používanie elektronickej pošty na

účely priamej reklamy povolené len s predchádzajúcim súhlasom účastníkov alebo užívateľov. Z tejto požiadavky však *a contrario* nemožno vyvodiť, že všetky formy priamej reklamy cez komunikačné siete bez súhlasu, v prípade ktorých v dôsledku technických postupov používaných inzerentom nemožno získať súhlas užívateľov pred použitím konkrétnej reklamy, sú prípustné.

O štvrtej prejudiciálnej otázke

- 31 Štvrtou prejudiciálnou otázkou sa má objasniť, či o používanie elektronickej pošty na účely priamej reklamy v zmysle článku 13 ods. 1 smernice 2002/58/ES ide len vtedy, keď sa zistí zaťažovanie užívateľa, ktoré prekračuje rámec obťažovania, ktoré v prejednávacom prípade konštatoval odvolací súd.
- 32 Odvolací súd predpokladal, že zmysel a účel § 7 ods. 2 bodu 3 UWG, ktorý treba určiť vo svetle odôvodnenia 40 smernice 2002/58, svedčí v neprospech použitia tohto ustanovenia na spornú reklamu. Podľa jeho názoru síce zobrazenie reklamy – zaradenej do nových doručených e-mailov – v priečinku doručených správ obťažuje užívateľa e-mailovej služby. Keďže reklama pre bežného pozorovateľa pôsobí ako e-mail, a preto ju vníma intenzívnejšie než reklamu mimo priečinka doručených správ, mieru obťažovania navyše treba považovať za vyššiu než v prípade reklamy zobrazovanej na okraji internetovej stránky e-mailovej schránky. Nepochádza však k zaťaženiu, ktoré by prekračovalo rámec tohto obťažovania, ani nevznikajú náklady v zmysle odôvodnenia 40 smernice 2002/58. Reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ sa najmä nezapočítava do počtu neprečítaných e-mailov zákazníka a tiež nezaberá miesto v priečinku doručených správ e-mailovej schránky. V dôsledku optických rozdielov medzi e-mailami a zobrazovanou reklamou navyše netreba ani vynaložiť nijaké úsilie na oddelenie dôležitých elektronických správ od nevyžiadaných reklamných elektronických správ.
- 33 Na otázku, či s týmto výkladom možno súhlasiť, sa nedá jednoznačne odpovedať. V prospech výkladu, ktorý podal odvolací súd, by mohlo svedčiť znenie odôvodnenia 40 smernice 2002/58. V tomto odôvodnení sa nehovorí o obťažovaní užívateľa. Naopak by mala byť užívateľom verejných elektronických komunikačných sietí poskytnutá ochrana proti narušeniu ich súkromia nevyžiadanými správami na účely priamej reklamy, lebo 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 ich rozsah môže v niektorých prípadoch spôsobovať aj ťažkosti pre elektronické komunikačné siete a koncové zariadenia. Keďže v prejednávacom prípade nevznikajú náklady pre užívateľa ani ťažkosti pre elektronické komunikačné siete alebo koncové zariadenia, v rozhodujúcej miere záleží na tom, či reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ zasahuje do súkromia užívateľov. V odôvodnení 40 smernice 2002/58 v každom prípade nie je výslovne stanovené, že v tomto smere môže postačovať obťažovanie.

- 34 Na druhej strane význam pojmu „zaťažovanie“ zahŕňa so zreteľom na smerodajnú ochranu súkromia pred nevyžiadanou priamou reklamou aj obťažujúci zásah do súkromia, ktorý sa prejavuje v tom, že spotrebiteľ je konfrontovaný s reklamou nie (len) v častiach internetovej stránky, ktoré sa zvyčajne používajú na tento účel a ktoré preto môže ľahko obísť, ale (aj) v priečinku doručených správ e-mailového účtu, a teda v časti internetovej stránky poskytovateľa e-mailovej služby, v ktorej sa zobrazujú správy, ktoré sú individuálne určené používateľovi, a ktorú užívateľ preto cielene vyhľadáva, teda vníma s osobitnou pozornosťou. Okrem toho prax ukazuje, že užívateľ vníma reklamné správy, ktoré sa objavujú v priečinku doručených správ, ktorý je vzhľadom na svoj účel určený pre správy, ktoré mu boli osobne adresované, tak, že ho individuálne oslovujú vo väčšej miere než reklama v podobe banerov, ktorá sa nachádza napríklad na okraji internetovej stránky a zjavne je určená širokej verejnosti. Aj z toho môže – v závislosti od obsahu a predmetu reklamy – vyplývať väčší obťažujúci účinok.
- 35 Pritom treba navyše vziať do úvahy, že súkromný e-mailový účet, ktorý je chránený heslom, patrí do oblasti súkromného života chránenej všeobecným právom na ochranu osobnosti. V tejto oblasti má byť dotknutá osoba chránená nielen pred úsilím, ktoré musí vynaložiť v dôsledku toho, že musí triediť správy, ktoré sú jej určené, a oddeľovať reklamu od iných správ. Navyše je potrebné chrániť vôľu dotknutej osoby, aby vo svojom súkromnom živote nebola nijako nútená konfrontovať sa s reklamou a jej sugestívnym účinkom, ako výsledok jej osobného práva na sebaurčenie. Podľa článku 1 ods. 1 a odôvodnení 1, 12 a 40 smernice 2002/58 je ochrana súkromia užívateľa v oblasti elektronickej komunikácie tiež cieľom článku 13 ods. 1 tejto smernice. Okrem toho treba vziať do úvahy, že pri posudzovaní obťažujúceho účinku reklamného opatrenia, ktoré zasahuje do súkromia, existuje vzhľadom na prax riziko znásobenia obťažovania v dôsledku širokej pôsobnosti tejto formy reklamy.
- 36 Keďže pre výklad, ktorý je zameraný na ochranný účel článku 13 ods. 1 smernice 2002/58, je smerodajná ochrana súkromia, a nie ochrana užívateľa pred zavádzaním, pre preskúmanie tohto ustanovenia je irelevantné, že vzhľad reklamy zobrazovanej v priečinku doručených správ užívateľov sa líši od e-mailov a označenie „inzercia“ spojené s reklamou zobrazovanou v priečinku doručených správ uľahčuje užívateľovi rozlišovanie. Okrem toho musí užívateľ v dôsledku štruktúry správy a zobrazenia reklamnej správy, ako aj v dôsledku povrchného čítania v súlade s praxou vynaložiť určitý čas aj vtedy, keď vopred dokáže jasne a jednoznačne rozpoznať reklamnú správu, ktorá sa objaví v priečinku doručených správ jeho e-mailového účtu, ako reklamu a vymazať ju. Z tých istých dôvodov okolnosti uvedené odvolacím súdom, že táto reklama sa nezapočítava do počtu neprečítaných e-mailov zákazníka a tiež nezaberá miesto v priečinku doručených správ, nebránia konštatovaniu, že došlo k porušeniu článku 13 ods. 1 smernice 2002/58.
- 37 V rozpore s názorom odvolacieho súdu by zásah do súkromia užívateľa súkromnej e-mailovej služby podľa vyššie uvedeného určite mohol závisieť od toho, či užívateľ nie je konfrontovaný s reklamou len na miestach, ktoré sa zvyčajne

využívajú na reklamné správy, ale aj v časti internetovej stránky jeho poskytovateľa e-mailovej služby, v ktorej sa vzhľadom na jej účel nachádzajú e-maily, ktoré sú užívateľovi osobne adresované a na ktorú sa nevyhnutne bude mimoriadne intenzívne zameriavať jeho individuálna pozornosť. V prospech tohto záveru svedčia aj zistenia, ku ktorým dospel odvolací súd. Uviedol, že zobrazenie reklamy – zaradenej do nových doručených e-mailov – v priečinku doručených správ obťažuje užívateľa e-mailovej služby. Keďže reklama pre bežného pozorovateľa pôsobí ako e-mail, a preto ju vníma intenzívnejšie než reklamu mimo priečinka doručených správ, mieru obťažovania treba považovať za vyššiu než v prípade reklamy zobrazovanej na okraji internetovej stránky e-mailovej schránky. Tieto zistenia sú v súlade s praxou.

O piatej prejudiciálnej otázke

- 38 V tomto prípade môže byť reklama, o ktorú ide v prejednávanej veci, neprípustná podľa § 7 ods. 2 bodu 1 UWG. Pri uplatňovaní týchto ustanovení vzniká otázka týkajúca sa výkladu bodu 26 prvej vety prílohy I smernice 2005/29, ktorú treba objasniť.
- 39 Podľa § 7 ods. 2 bodu 1 UWG sa má vždy predpokladať, že ide o neprijateľné obťažovanie v zmysle § 7 ods. 1 prvej vety UWG, v prípade reklamy uskutočňovanej s použitím diaľkového média komerčnej komunikácie, ktoré nie je uvedené v bodoch 2 a 3 tohto ustanovenia, ktorou je spotrebiteľ vytrvale oslovovaný, hoci si to zjavne neželá. Toto ustanovenie má za cieľ prebrať bod 26 prvú vetu prílohy I smernice 2005/29 a má sa vykladať v súlade so smernicou vo svetle tohto ustanovenia. Podľa bodu 26 prvej vety prílohy I smernice 2005/29 je vykonávanie vytrvalých a nechcených žiadostí telefonicky, faxom, elektronickou poštou alebo inými diaľkovými médiami, okrem prípadov, ktoré nie sú relevantné pre prejednanú vec, a v rozsahu odôvodnenom podľa vnútroštátneho práva na účely vymáhania zmluvného záväzku obchodnou praktikou, ktorá sa za každých okolností považuje za nekalú. V prejednanom prípade vzniká otázka týkajúca sa výkladu tohto ustanovenia práva Únie, ktorú nemožno jednoznačne zodpovedať.
- 40 Piatou prejudiciálnou otázkou sa má objasniť, aké požiadavky musí spĺňať „vykonávanie žiadostí“ v zmysle bodu 26 prvej vety prílohy I smernice 2005/29.
- 41 Znak vykonávania žiadostí vyžaduje reklamu, ktorá je cielene zameraná na individuálneho zákazníka. V tejto súvislosti vzniká otázka, či o cieleňú individuálnu reklamu, ktorá spĺňa podmienky vykonávania žiadostí, ide len vtedy, keď je zákazník kontaktovaný pomocou média, ktoré sa obvykle používa na individuálnu komunikáciu medzi odosielateľom a príjemcom, ako je telefón, fax alebo e-mail, alebo stačí, ak – tak ako v prejednanom prípade – sa vytvorí súvislosť s konkrétnym zákazníkom tým, že reklama sa zobrazí v priečinku doručených správ súkromného e-mailového účtu, a teda v časti, v ktorej zákazník očakáva správy, ktoré sú mu individuálne určené.

- 42 Znenie bodu 26 prvej vety prílohy I smernice 2005/29 pripúšťa oba výklady. Keďže reklama zobrazovaná v priečinku doručených správ – ako už bolo vysvetlené – zasahuje do súkromia zákazníka a navyše ho obťažuje vo väčšej miere než bežná reklama v podobe banerov v častiach internetovej stránky, ktoré sú na to spravidla určené a ktoré individuálne nesúvisia so zákazníkom, ochranný účel tohto ustanovenia by tiež mohol byť dotknutý.

PRACOVNÝ DOKUMENT