

Zadeva C-102/20

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

26. februar 2020

Predložitveno sodišče:

Bundesgerichtshof (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

30. januar 2020

Tožeča stranka in revidentka:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. PegInboxnitz GmbH

Tožena stranka in nasprotna stranka v postopku z revizijo:

eprimo GmbH

Intervenientka na strani tožene stranke:

Interactive Media CCSP GmbH

Predmet postopka v glavni stvari

Nelojalna konkurenca, opustitev protikonkurenčnega oglaševanja

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga prava Unije, člen 267 PDEU

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali gre za pojem pošiljanja v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58/ES, če sporočilo uporabnika elektronske komunikacijske storitve drugemu uporabniku ni poslano preko storitvenega podjetja na elektronski „naslov“ drugega uporabnika, temveč ga oglašni strežnik zaradi

- odpiranja spletne strani, ki je zaščitena z geslom e-poštnega računa samodejno prikaže na določenem v ta namen predvidenem mestu v elektronskem poštnem predalu po naključju izbranega uporabnika (Inbox-oglaševanje)?
2. Ali prevzem sporočila v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58/ES predpostavlja, da prejemnik, potem ko ugotovi obstoj sporočila, z voljnim prevzemom sproži programsko tehnično določen prenos podatkov sporočila ali pa zadostuje, če se prikaz sporočila v poštnem predalu e-poštnega računa sproži s tem, da uporabnik odpre spletno stran svojega e-poštnega računa, ki je zaščitena z geslom?
 3. Ali gre za elektronsko pošto v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58/ES tudi tedaj, kadar sporočilo ni poslano na že pred prenosom konkretno določenega individualnega prejemnika, temveč je prikazano v poštnem predalu naključno izbranega uporabnika?
 4. Ali gre za uporabo elektronske pošte za namene neposrednega trženja v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58/ES le tedaj, kadar se ugotovi obremenitev uporabnika, ki presega nadlegovanje?
 5. Ali gre za individualno oglaševanje, ki izpolnjuje pogoje za „nagovarjanje“ v smislu točke 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES le takrat, ko se s stranko vzpostavi stik s pomočjo običajnega medija, ki je namenjen individualni komunikaciji med pošiljateljem in prejemnikom, ali zadostuje, če – kot pri zadevnem oglaševanju v sporni zadevi – ko se individualna navezna okoliščina vzpostavi s tem, da je oglas prikazan v poštnem predalu zasebnega e-poštnega računa in je s tem prikazan na mestu, na katerem stranka pričakuje individualno nanj naslovljena sporočila?

Navedene določbe prava Unije

Direktiva 2002/58/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (Direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 514), uvodne izjave 1, 12, 26, 27 in 40, člen 1(1), člen 2(h), člen 2(d), prvi stavek, člen 6(1), člen 13(1)

Direktiva 2005/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (UL 2005, L 149, str. 22, popravek UL 2009, L 253, str. 18), Priloga I št. 26, prvi stavek

Navedene nacionalne določbe

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zakon o preprečevanju nelojalne konkurence, v nadaljevanju: UWG), člen 3, člen 7(1) ter (2), točke 1, 2 in 3, člen 8(1) in (2)

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Stranke dobavljajo končnim kupcem električno energijo. Intervenientka na strani tožene stranke je oglaševalska agencija.
- 2 Tožena stranka je pooblastila intervenientko za prikazovanje oglasov v e-poštnih predalih uporabnikov brezplačne storitve elektronske pošte na internetu T-Online. Oglaševanje je bilo izvedeno tako, da se je v zasebnem poštnem predalu uporabnika te storitve elektronske pošte dne 15. januarja 2017 na mestu, na katerem se prejeta elektronska sporočila prikazujejo v obliki seznama (v nadaljevanju: prejemni predal), uvrščen med prejeta elektronska sporočila prikazal naslednji oglas s sledečim besedilom: „eprimo Več varčevanja: Ugodno električna energija in plin. Zagotovite si sedaj top eprimo-cene z atraktivnim bonusom! Več izveste na eprimo.de“. Ustrezni oglasi so se že dne 12. decembra 2016 in 13. januarja 2017 pojavili v prejemnem predalu uporabnika.
- 3 Tovrstno oglaševanje se prikazuje na posebnem oglasnem prostoru v prejemnem poštnem predalu brezplačne storitve elektronske pošte Telekom Deutschland GmbH. Imenuje se „T-Online.de Mail Ad“ in so ga lahko naročili oglaševalci tega ponudnika. Na spletni strani, ki jo je priklical uporabnik takšnega brezplačnega e-poštnega predala, je bila na ustreznem mestu v prejemnem predalu vključena JavaScript-koda oglasnega strežnika (TAG). Na takšen način je bilo oglasnemu strežniku pri odpiranju spletne strani poslano povpraševanje (Adrequest), naj prikaže oglasno pasico iz poola. Oglasni strežnik je internetnemu brskalniku uporabnika nato poslal ustrezne parametre, s čimer je bila v prejemnem predalu uporabnika prikazana po naključju izbrana oglasna pasica. Če je uporabnik potem kliknil na prikazani oglas, je bil ukaz najprej posredovan oglasnemu strežniku, ki je klik zabeležil in brskalnik usmeril na stran oglaševalca. Oglas, ki se je pojavil v prejemnem predalu, je bil opremljen z besedo „oglas“ in ga je bilo mogoče s klikom na simbol križca „x“, ki se je nahajal poleg, odstraniti iz prejemnega predala. Oglas se je pojavil – drugače kot elektronska sporočila, ki so bila prikazana v prejemnem predalu uporabnika – sivo podloženo in brez datuma ali pošiljatelja. Prav tako je z opcijami za obdelavo elektronske pošte, ki jih je nudil ponudnik storitev elektronske pošte, ni bilo mogoče arhivirati, nanjo odgovoriti ali jo posredovati naprej. Prav tako ni bila všteta v neprebrana elektronska sporočila uporabnika, kot jo je izkazala storitev in v poštnem predalu uporabnika ni zasedala nobenega prostora za shranjevanje.
- 4 Tožeča stranka očita, da je tako oglaševanje iz vidika nedopustnega nadlegovanja in zavajanja protikonkurenčno.

- 5 Landgericht (deželno sodišče) je razsodilo, da mora tožena stranka v poslovnem prometu opustiti oglaševanje za konkurenčne namene v zvezi s prodajo električne energije končnim uporabnikom, preko e-poštnega računa „T-online.de“ kot je prikazano zgoraj.
- 6 Po pritožbi tožene stranke je Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) tožbo zavrnilo z obrazložitvijo, da očitana umestitev oglasa v prejemni predal zasebnih elektronskih poštnih predalov z vidika konkurenčnega prava ni nedopustno poslovno ravnanje.
- 7 Tožeča stranka si z revizijo, ki jo je dopustilo Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) in katere zavrnitev predlaga tožena stranka, želi doseči potrditev sodbe, ki jo je izdalo Landgericht (deželno sodišče).

Kratka predstavitev utemeljitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 8 Uspeh revizije je odvisen od tega, ali obstoji opustitveni zahtevek, ki ga je podala tožeča stranka. Takšen zahtevek v skladu s členom 8(1), prvi stavek, UWG predpostavlja, da je tožena stranka ali intervenientka, ki jo je prvonavedena v smislu člena 8(2) UWG pooblastila s spornim oglaševanjem, izvajala nedopustno poslovno ravnanje po členih 3 ali 7 UWG. Očitano vedenje tožene stranke je lahko na podlagi člena 7(2), točka 3, UWG nedopustno. Prav tako je možno, da je oglaševanje nedopustno na podlagi člena 7(2), točka 1, UWG.
- 9 Utemeljenost tožbenih zahtevkov je odvisna od razlage določbe člena 7(2), točka 3, UWG ob upoštevanju določb Direktive 2002/58. Ob tem se postavljajo vprašanja glede razlage člena 2, drugi stavek, točka (h), in člena 13(1) Direktive 2002/58, ki jih je treba razjasniti.
- 10 V skladu s členom 7(1), prvi stavek, UWG je poslovno ravnanje, zaradi katerega se subjekte na trgu nadleguje na nesprejemljiv način, nedopustno. Po členu 7(2), točka 3, UWG je treba med drugim vedno domnevati nesprejemljivo nadlegovanje pri oglaševanju z uporabo elektronske pošte, ne da bi predhodno bila podana izrecna privolitvev naslovljenca. Določba člena 7(2), točka 3, UWG je skladna s točko 26, Priloga I k Direktivi 2005/29 in prenaša člen 13(1) Direktive 2002/58 v nemško pravo. Zato jo je treba ob upoštevanju člena 13(1) Direktive 2002/58 razlagati v skladu s pravom Unije.
- 11 V skladu s členom 13(1) Direktive 2002/58 je med drugim le ob predhodni privolitvi strank ali uporabnikov dovoljeno uporabljati elektronsko pošto za namene neposrednega trženja. V skladu s členom 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 „elektronska pošta“ pomeni vsako besedno, govorno, zvočno ali slikovno sporočilo, poslano prek javnega komunikacijskega omrežja, ki se lahko shrani v omrežju ali v prejemnikovi terminalski opremi, dokler ga prejemnik ne prevzame. Vprašljivo je, ali so ti pogoji v okoliščinah tega primera izpolnjeni.

- 12 Najprej je vprašljivo, ali je oglaševanje, ki ga je izvajala tožena stranka ali njena v smislu člena 8(2) UWG za to zadolžena intervenientka, in ki se pojavlja na posebnem oglasnem prostoru v prejemnem predalu poštnih predalov uporabnikov brezplačne storitve elektronske pošte, mogoče šteti za elektronsko pošto v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58.
- 13 Pri spornem oglaševanju gre za besedno sporočilo v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58. V skladu s členom 2, drugi stavek (d), prvi stavek, Direktive 2002/58 „sporočilo“ pomeni vsak podatek, ki se izmenjuje ali prenaša med končnim številom strank s pomočjo javno razpoložljive elektronske komunikacijske storitve. Ti pogoji so izpolnjeni. Oglas tožene stranke vsebuje informacijo v obliki besedila, s katero se z oglasom priporoča ponudba tožene stranke. Ta informacija se je prenašala med končnim številom strank. Posredovanje uporabniku e-poštnega računa je bilo izvedeno tako, da je upravljavec oglasnega strežnika, na podlagi prijave uporabnika in posledičnega odpiranja spletne strani svojega e-poštnega računa, v realnem času v prejemni predal na strani e-poštnega računa posredoval sporočilo, kjer je bilo prikazano uporabniku tega e-poštnega računa. Oglasna informacija se je poleg tega prenašala prek javno razpoložljive komunikacijske storitve. Oglas je sprožilo odpiranje uporabnikovega na spletu dostopnega e-poštnega računa in je bil prikazan znotraj prejemnega predala na spletni strani za prikaz prejetih elektronskih sporočil. Oglas se je zato – prav tako kot elektronska sporočila – v elektronski obliki prenašal na spletu in s tem javno razpoložljivemu mediju. Storitev elektronske pošte, do katere lahko uporabniki dostopajo preko spleta je elektronska komunikacijska storitev.

Prvo vprašanje za predhodno odločanje

- 14 S prvim vprašanjem za predhodno odločanje naj se razjasni, ali je bil sporni Inbox-oglas tudi v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 „poslan“.
- 15 Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) je štelo, da iz pojma „pošiljanje“ ob celoviti obravnavi z nadaljnjimi v členu 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 uporabljenimi pojmi „pošta“ in „komunikacijsko omrežje“ izhaja, da obstaja „elektronska pošta“ le pri posredovanju sporočila enega uporabnika drugemu uporabniku prek storitvenega podjetja (kot na primer ponudnika elektronske pošte), ki opravlja elektronski prenos na elektronski „naslov“ (kot na primer e-poštni naslov) drugega uporabnika. Takšnega naslavljanja na določene stranke v tej sporni zadevi ni, ker se prikaz oglasa izvaja le prek oglasnega strežnika na določenem definiranim prostoru spletne strani prek „AdTags/AdSlots“, ki so vsebovani in vnaprej opredeljeni na spletni strani.
- 16 Takšnemu mnenju, ki se zgleduje po značilnostih običajne e-pošte, je treba priznati, da je ob izdaji Direktive 2002/58 menda tudi zakonodajalec elektronsko

pošto, poleg v uvodni izjavi 40 Direktive 2002/58 izrecno omenjenega SMS, štel kot klasično obliko elektronske pošte.

- 17 Če pri razlagi člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 izhajamo iz zahtev, ki jih kot pravilne upošteva Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) in ki se zgledujejo po značilnostih običajne elektronske pošte, tukaj manjka „pošiljanje“ sporočila, tako da očitano Inbox-oglaševanje ne predstavlja elektronske pošte. Uporabnik elektronske komunikacijske storitve Inbox-oglasa ne pošlje drugemu uporabniku, ki bi ga sam izbral preko storitvenega podjetja (kot na primer ponudnika elektronske pošte) na elektronski „naslov“ (kot na primer elektronski poštni naslov) drugega uporabnika, marveč ga oglasni strežniki na podlagi odpiranja e-poštnega računa prikažejo na določenih za to predvidenih mestih v prejemnem predalu nekega naključno izbranega uporabnika.
- 18 Proti razlagi, ki jo zastopa Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) in ki izhaja iz značilnosti običajne elektronske pošte glede značilnosti „pošiljanja“ bi lahko govoril namen varstva v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58. S to določbo, ki obravnava pojem elektronske pošte po členu 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 in v kateri je določena njena uporaba, naj bi se zaščitilo zasebnost uporabnikov prek direktne pošte (glej uvodno izjavo 40 Direktive 2002/58). Ni razvidno, da bi zakonodajalec glede na predvidljivo hitro napredujoči tehnični razvoj statično omejil pojem elektronske pošte na „klasične“ oblike elektronske pošte, SMS ali MMS, ki so bile znane v trenutku začetka veljavnosti direktive. Bolj verjetno je, da je z namenom varstva zasebnosti uporabnikov izbral dinamični in tehnično nevtralen pojem, ki na primer omogoča tudi zajetje elektronskih sporočil, ki so v okviru socialnih omrežij postala relevantna šele v novjšem času. Ker je mogoče na zasebnost uporabnikov elektronskih komunikacijskih sredstev vplivati ne le s posredovanimi nepovabljenimi sporočili v obliki klasičnih oblik individualne elektronske komunikacije kot so elektronska pošta, SMS ali MMS, temveč prav tako z novimi oblikami elektronske masovne komunikacije, se zdi strokovno pravilno, da se pojem pošiljanja ne razlaga glede na običajne oblike elektronske komunikacije v smislu posredovanja od določenega uporabnika drugemu vnaprej določenemu uporabniku, marveč funkcionalno v smislu razširjanja.
- 19 Če vzamemo za osnovo tako funkcionalno razumevanje tega pojma, ob upoštevanju namena varstva iz člena 13(1) Direktive 2002/58, bi moral biti sporni Inbox-oglas v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 poslan. Na to kaže tudi uvodna izjava 40 Direktive 2002/58. Na tej podlagi naj bi bili uporabniki javnih elektronskih komunikacijskih omrežij zaščiteni pred vdiranjem v njihovo zasebnost z nepovabljenimi sporočili prek direktne pošte, ker je mogoče te oblike nepovabljenih komercialnih sporočil posredovati precej enostavno in poceni. Ti vidiki veljajo za obravnavano Inbox-oglaševanje.

Drugo vprašanje za predhodno odločanje

- 20 Z drugim vprašanjem za predhodno odločanje naj se razjasni, katere zahteve je treba postaviti glede pogoja, ki je določen v členu 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58 o tem, da se sporočilo lahko shrani v omrežju ali v prejemnikovi terminalski opremi, dokler ga prejemnik ne prevzame.
- 21 Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) je štelo, da pri spornem Inbox-oglaševanju prevzem v tem smislu ni podan. Iz uvodne izjave 27 Direktive 2002/58 bi izhajalo, da bi bilo za prevzem sporočila potrebno zavestno vedenje naslovljenca. Prejemnik sporočila bi moral, potem ko je izvedel za sporočilo, z ravnanjem – torej s posegom v okolico na podlagi voljne odločitve – prevzeti podatke prek spletne povezave. Odločilno je, da lahko prevzemnik s svojo zahtevo za prevzem sproži programsko tehnično predvideni postopek prenosa podatkov. V tem primeru v tem smislu ni podan prevzem sporočila. Nasprotno mora uporabnik storitev elektronske pošte s spletnim brskalnikom na spletni strani Deutsche Telekom le odpreti storitev elektronske pošte, da se s pomočjo spletnega strežnika v realnem času prikaže oglasna pasica, ne da bi uporabnik zaznal ta postopek in se lahko z voljno odločitvijo odločil za ali proti prikazu.
- 22 Ta razlaga je skladna z možnim besednim pomenom pojma „prevzem“ v členu 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/58. Prav tako na to kaže uvodna izjava 27 Direktive 2002/58. Na podlagi slednje je pri elektronski pošti prenos sporočila končan, ko naslovljenec – običajno iz strežnika svojega ponudnika storitev – prevzame sporočilo. Ta formulacija bi lahko kazala na to, da prevzem elektronske pošte predpostavlja zaključno dejavnost uporabnika za prenos sporočila, ki jo običajno usmerja strežnik ponudnika storitev.
- 23 Po tej ozki interpretaciji, ki se spet zgleduje po običajnem primeru elektronskega sporočila, sporno Inbox-oglaševanje ne izpolnjuje pogojev za elektronsko pošto v smislu člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive 2002/5. Z odpiranjem e-poštnega računa na spletni strani ponudnika storitev izrazi uporabnik svojo voljo, da se mu prikažejo in posredujejo njegove na strežniku elektronske pošte ponudnika shranjene elektronska sporočila. Njegova volja pa po življenjskih izkušnjah običajno ni usmerjena v to, da mu oglasni strežnik dodatno prikazuje oglasna sporočila v prejemnem predalu njegovega e-poštnega računa.
- 24 Proti mnenju, ki ga zastopa Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) pa govori funkcionalna razlaga, ki se zgleduje po namenu varstva po členu 13(1) Direktive 2002/58. Na podlagi te naj se uporabnika zaščiti pred nepovabljenimi komercialnimi sporočili, ki jih lahko oglaševalec precej enostavno in poceni razpošilja prek elektronskega komunikacijskega omrežja in ki za uporabnika pomenijo breme (uvodna izjava 40 Direktive 2002/58). Ob upoštevanju takšnega namena se razlikovanje med elektronskim sporočilom, ki nedvomno spada v pojem – morda masovno razposlane – elektronske pošte z oglasno vsebino in spornim oglasnim sporočilom, ne zdi preveč prepričljivo. Sporočili se prikazeta v prejemnem predalu in s tem na področju spletne strani, ki jo je uporabnik odprl v z

namenom vpogleda v svojo elektronsko pošto, ki je namenjena prikazu elektronskih sporočil. Za obremenjujoči vpliv, ki naj se prepreči s členom 13(1) Direktive 2002/58 prav tako ni pomembno, ali oglasno sporočilo v prejemnem predalu e-poštnega računa prikazuje poštni strežnik ponudnika storitev ali oglasni strežnik ponudnika storitev ali podjetje, ki sodeluje z njim. Bolj kot tehnična razlaga, je merodajna razlaga, ki se zgleduje po namenu varstva in ki upošteva obremenjujoči vpliv oglaševalske oblike na uporabnika. Ta bi lahko izhajala iz tega, da je bilo očitano oglaševanje posredovano in prikazano v prejemnem predalu e-poštnega računa in s tem v prostoru, kjer uporabnik pričakuje le osebno nanj naslovljena elektronska sporočila.

- 25 Taka razlaga, ki se zgleduje po namenu varstva, je skladna tudi z besedilom člena 2, drugi stavek, točka (h), Direktive. Podan je prevzem v smislu dejanja uporabnika, ki je končno usmerjeno na seznanitev s sporočili, ki so prispela v prejemni predal e-poštnega računa. Po ugotovitvah Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) se posredovanje oglasa prek oglasnega strežnika v prejemnem predalu sproži tako, da uporabnik na spletu priključuje stran svojega e-poštnega računa in se tam prijavi s svojimi osebnimi podatki za dostop. Okoliščina, da se želi uporabnik pri tem praviloma seznaniti le z zasebnimi in poslovnimi elektronskimi sporočili in da ne želi zanj nezanimivih ali nadležnih oglasnih sporočil kot so neželena elektronska pošta ali vstavljeni oglasi, ničesar ne spremeni pri tem, da je podano zaključno prevzemno dejanje v obliki odpiranja e-poštnega računa na spletu.
- 26 Sporno Inbox-oglaševanje je bilo do prikaza oglasa, ki ga je sprožila prijava, shranjeno na oglasnem strežniku in s tem na omrežju.
- 27 Iz uvodne izjave 27 Direktive 2002/58, v kateri je določeno, da je pri elektronski pošti prenos končan takrat, ko je naslovljenec – običajno iz strežnika svojega ponudnika storitev – prevzel sporočilo, ne izhaja ničesar drugega. Da bi elektronska pošta zajemala le sporočila, ki so shranjena na samem strežniku ponudnika storitev, iz tega že zato ne more izhajati, ker iz uporabe pojma „običajno“ izhaja, da zakonodajalec s tem ni postavil nobenih taksativno določenih pogojev, temveč je opisal le dejanski običajni primer. V preostalem je treba upoštevati zakonodajni okvir uvodne izjave 27 Direktive 2002/58. V tej določbi gre za vprašanje, v katerem trenutku je treba izbrisati podatke o prometu. Glede tega je odločilen trenutek končanja prenosa sporočila (glej člen 6(1) ter uvodna izjava 26 Direktive 2002/58). V tem kontekstu se uvodna izjava 27 Direktive 2002/58 sklicuje na trenutek končanja prenosa elektronske pošte, ko naslovljenec prevzame sporočilo. Iz tega ni razvidno, da bi iz tega izhajali odločilni kriteriji za razlago v členu 13(1) Direktive 2002/58 določenega varstva uporabnikove zasebnosti pred nepovabljenim neposrednim trženjem prek elektronske pošte.

Tretje vprašanje za predhodno odločanje

- 28 S tretjim vprašanjem za predhodno odločanje naj se razjasni, ali gre tudi tedaj za elektronsko pošto v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58, če sporočilo ni bilo poslano na že pred prenosom konkretno določenega individualnega prejemnika, temveč je njen prikaz – kot v spornem primeru – izveden na podlagi naključne izbire.
- 29 Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) je štelo, da elektronska pošta v smislu člena 7(2), točka 3, UWG predpostavlja, da se prenos izvede „individualno“, to pomeni naslovljeno na konkretno naslovljenega prejemnika, ki je znan pred posredovanjem in s katerim je zato možna predhodna komunikacija glede privolitve k posredovanju. To izhaja iz tega, da dopustnost oblik oglaševanja, ki so urejene v členu 7(2), točka 2, UWG predpostavlja, da je podana predhodna izrecna privolitve naslovljenca. Zahteva po tovrstni predhodni izrecni privolitvi nujno predpostavlja obstoj konkretnega naslovljenca, ki lahko naproti oglaševalcu poda izjavo o tem, ali privoli v oglaševanje. Sporni oglasi pa so prikazani pri stranki brezplačne storitve elektronske pošte na podlagi naključne izbire, ne da bi bila možna predhodna komunikacija glede strankine privolitve.
- 30 Predložitveno sodišče dvomi, da je mogoče slediti takšnemu mnenju. V skladu s členom 13(1) Direktive 2002/58 je uporaba elektronske pošte za namene neposrednega trženja dopustna le ob predhodni privolitvi udeležencev ali uporabnikov. Iz take zahteve pa ni mogoče nasprotno sklepati, da so brez privolitve dopustne vse oblike neposrednega trženja prek komunikacijskih omrežij, pri katerih pred prenosom konkretnega oglasa zaradi tehničnih postopkov, ki jih uporablja oglaševalec, ni mogoče pridobiti privolitve uporabnika.

Četrto vprašanje za predhodno odločanje

- 31 S četrtem vprašanjem za predhodno odločanje naj se razjasni, ali gre za uporabo elektronske pošte za namene neposrednega trženja v smislu člena 13(1) Direktive 2002/58 le tedaj, ko je ugotovljena obremenitev uporabnika, ki presega nadlegovanje, kot ga je v spornem primeru ugotovilo Berufungsgericht (pritožbeno sodišče).
- 32 Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) je štelo, da smisel in namen člena 7(2), točka 3, UWG ob upoštevanju uvodne izjave 40 Direktive 2002/58 nasprotujeta uporabi te določbe glede očitnega oglaševanja. Uporabnika storitve elektronske pošte se sicer nadleguje s prikazovanjem – med na novo prejetimi elektronskimi sporočili uvrščenih – oglasov v njegovi prejemni pošti. Ker deluje oglas za bežnega opazovalca kot elektronsko sporočilo in ga ta torej močneje zazna kot oglase zunaj prejemnega poštnega predala, je treba stopnjo nadlegovanja uvrstiti višje kot oglaševanje, ki je prikazano ob robu slike poštnega predala. Ne gre pa za breme ali stroške v smislu uvodne izjave 40 Direktive 2002/58, ki bi presegala nadlegovanje. Inbox-oglaševanje se zlasti ne všteje v število strankinih

neprebranih elektronskih sporočil in tudi ne zavzame nobenega pomnilniškega prostora v prejemni pošti. Na podlagi optičnih razlik med elektronskimi sporočili in vstavljenimi oglasi tudi ni potrebnega nobenega napora za razločevanje med pomembnimi elektronskimi sporočili in elektronskimi oglasnimi smetmi.

- 33 Ni mogoče jasno odgovoriti na to, ali je mogoče pritrditi takšni razlagi. Na razlago, ki jo zastopa Berufungsgericht (pritožbeno sodišče), bi lahko kazalo besedilo uvodne izjave 40 Direktive 2002/58. Tam ni govora o nadlegovanju uporabnika. Uporabnike javnih elektronskih komunikacijskih omrežij naj se zaščitijo pred vdoranjem v njihovo zasebnost z nepovabljenimi sporočili prek direktne pošte, ker je pošiljanje te oblike nepovabljenih komercialnih sporočil po eni strani precej enostavno in poceni, po drugi strani pa lahko prejemniku naloži breme oziroma mu povzroči stroške. Poleg tega lahko v nekaterih primerih njihov obseg povzroči tudi težave v elektronskih komunikacijskih omrežjih in na terminalski opremi. Ker v sporni zadevi ne gre ne za povzročitev stroškov uporabniku ne za težave v elektronskih komunikacijskih omrežjih ali na terminalski opremi, je odločilno, ali se zaradi Inbox-oglaševanja obremenjuje zasebnost uporabnikov. V uvodni izjavi 40 Direktive 2002/58 vsekakor ni izrecno določeno, da bi zadostovalo nadlegovanje.
- 34 Na drugi strani zajema pomen pojma „breme“ ob upoštevanju merodajne zaščite zasebnosti pred nepovabljenim neposrednim trženjem tudi nadležni vpliv na zasebnost, ki se izraža tako, da potrošnik z oglasi ni soočen (le) na zato običajno uporabljenih mestih spletne strani, ki jih zato zlahka spregleda, temveč (tudi) v prejemnem predalu e-poštnega računa in s tem na mestu spletne strani ponudnika storitve elektronske pošte, na katerem so prikazana individualno na uporabnika naslovljena elektronska sporočila in ki ga zato namensko obišče, torej zazna s posebno pozornostjo. Temu je dodati, da se čutijo uporabniki na podlagi življenjskih izkušenj prek oglasnih sporočil, ki se prikažejo v prejemnem predalu, ki je namenjen za nanje osebno naslovljena sporočila, močnejše individualno nagovorjene kot prek oglasne pasice, ki se nahaja na primer na robu slike spletne strani in je razvidno, da je namenjena splošnemu občinstvu. Tudi iz tega lahko izhaja – odvisno od vsebine in predmeta oglasa – povečani nadležni učinek.
- 35 Ob tem je treba upoštevati, da spada zasebni z geslom zaščiten e-poštni račun v področje zasebnega življenja, ki je varovano s splošnimi osebnostnimi pravicami. Na tem področju naj bi se zadevno osebo ščitilo ne le pred naporji, ki so potrebni, da pregleda nanjo naslovljena sporočila in loči oglase od drugih sporočil. Kot podaljšek njene osebnostne pravice do samoodločbe je treba obvarovati tudi voljo zadevne osebe, njeno zasebno življenje pred vsako prisilo, da se sooči z oglasi in njihovim sugestibilnim učinkom. Varstvu uporabnikove zasebnosti na področju elektronske komunikacije je v skladu s členom 1(1) in uvodnimi izjavami 1, 12 in 40 Direktive 2002/58 namenjen tudi člen 13(1) te direktive. Upoštevati te treba tudi, da obstoji pri presoji nadležnega učinka oglaševanja, ki vpliva na zasebnost, na podlagi življenjskih izkušenj nevarnost seštevanja nadlegovanja s širjenjem te oblike oglaševanja.

- 36 Ker je za razlago, ki se zgleduje po namenu varstva člena 13(1) Direktive 2002/58, odločilno varstvo zasebnosti in ne zaščita uporabnika pred zavajanjem, je za preizkus te določbe nepomembno, da se videz oglasa, ki se prikaže v prejemnem predalu uporabnikov, razlikuje od elektronskih sporočil in se uporabniku poleg tega z opozorilom „oglas“, ki se nanaša na Inbox-oglaševanje, objasni razliko. V preostalem pa uporabniku zaradi sestave sporočila in prikaza oglasnega sporočila ter površnega branja na podlagi življenjskih izkušenj nastane celo takrat časovna poraba, kadar lahko oglasno sporočilo, ki se pojavi v prejemnem predalu njegovega e-poštnega računa, že vnaprej jasno in nedvoumno prepozna kot oglas in ga lahko izbriše. Iz enakih razlogov okoliščine, ki jih je navedlo Berufungsgericht (pritožbeno sodišče), da oglasi niso vštet v število strankinih neprebranih elektronskih sporočil in da tudi ne zavzemajo nobenega pomnilniškega prostora v prejemnem predalu, ne nasprotujejo domnevi, da gre za kršitev člena 13(1) Direktive 2002/58.
- 37 V nasprotju s stališčem Berufungsgericht (pritožbeno sodišče) je za vpliv na zasebnost uporabnika zasebne storitve elektronske pošte po vsem tem vseeno drugače, če se sooča z oglasi ne le na običajnih za oglasna sporočila uporabljenih mestih, temveč tudi na področju spletne strani svojega ponudnika elektronske pošte, kjer glede na njen namen najde nanj osebno naslovljena elektronska sporočila in na katero se bo njegova individualna pozornost nujno osredotočila s posebno intenzivnostjo. Na to kažejo tudi ugotovitve Berufungsgericht (pritožbeno sodišče). Izvajalo je, da se uporabnika storitve elektronske pošte nadleguje s prikazovanjem oglasov – uvrščenih med na novo prejeta elektronska sporočila – znotraj njegovega prejemnega predala. Ker lahko oglasi za bežnega opazovalca delujejo kot elektronsko sporočilo in jih zato močneje zazna kot oglase zunaj prejemnega predala, je treba stopnjo nadlegovanja uvrstiti višje kot oglase, ki so prikazani na robu slike poštnega predala. Te ugotovitve so skladne z življenjskimi izkušnjami.

Peto vprašanje za predhodno odločanje

- 38 V sporni zadev pride v poštev nedopustnost spornega oglaševanja po členu 7(2), točka 1, UWG. Pri uporabi teh določb se postavi vprašanje, ki terja razjasnitev glede razlage točke 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29.
- 39 Skladno s členom 7(2), točka 1, UWG je treba nesprejemljivo nadlegovanje v smislu člena 7(1), prvi stavek, UWG vedno domnevati, kadar gre za oglaševanje ob uporabi sredstva komercialne komunikacije, ki je primerno za prodajo na daljavo, ki v točkah 2 in 3 te določbe ni navedeno in s katerim se trdovratno nagovarja potrošnika, čeprav tega očitno ne želi. Določba je namenjena prenosu točke 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29 in jo je treba ob upoštevanju te ureditve razlagati za skladno z Direktivo. Po točki 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29 gre za v vseh okoliščinah nedovoljeno agresivno poslovno prakso, če se strankam izvaja oglaševanje s trdovratnim in neželenim nagovarjanjem prek telefona, faksa, elektronskih sporočil ali drugih medijev, ki so

primerni za prodajo na daljavo, razen v za sporno zadevo irelevantnih primerih in v mejah, v katerih je takšno vedenje po nacionalnih pravnih predpisih upravičeno, da bi uveljavili pogodbeno obveznost. V sporni zadevi se postavi vprašanje glede razlage te določbe prava Unije, na katerega ni mogoče enoznačno odgovoriti.

- 40 S petim vprašanjem za predhodno odločanje naj se razjasni, kakšne so zahteve glede „nagovarjanja“ v smislu točke 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29.
- 41 Značilnost nagovarjanja predpostavlja ciljno individualni stranki namenjeno oglaševanje. Glede tega se postavi vprašanje, ali gre za ciljno individualno oglaševanje, ki izpolnjuje pogoje nagovarjanja le tedaj, ko se vzpostavi stik s stranko prek običajnega medija za namene individualne komunikacije med pošiljateljem in prejemnikom, kot so telefon, faks ali elektronska pošta, ali pa zadostuje, če je zveza – kot v sporni zadevi – s konkretno stranko vzpostavljena tako, da se oglas prikaže v prejemnem predalu zasebnega e-poštnega računa in s tem na mestu, kjer stranka pričakuje individualno nanjo usmerjena sporočila.
- 42 Besedilo točke 26, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29 dopušča obe razlagi. Ker se stranko – kot že prikazano – z Inbox-oglaševanjem prizadene v njeni zasebnosti in se jo ob tem v večji meri bremeni kot z običajnimi oglasnimi pasicami na zato predvidenih mestih spletne strani brez individualne povezave, bi lahko bil kršen tudi namen varstva te določbe.