



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 25 listopada 2021 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2002/58/WE – Przetwarzanie danych osobowych i ochrona prywatności w sektorze łączności elektronicznej – Artykuł 2 akapit drugi lit. h) – Pojęcie „poczty elektronicznej” – Artykuł 13 ust. 1 – Pojęcie „używania poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego” – Dyrektywa 2005/29/WE – Nieuczciwe praktyki handlowe – Punkt 26 załącznika I – Pojęcie „uporczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów przez pocztę elektroniczną” – Wiadomości reklamowe – *Inbox advertising*

W sprawie C-102/20

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) postanowieniem z dnia 30 stycznia 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 26 lutego 2020 r., w postępowaniu:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz

przeciwko

eprimo GmbH,

przy udziale:

Interactive Media CCSP GmbH,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Prechal, prezes drugiej izby, pełniąca obowiązki prezesa trzeciej izby, J. Passer, F. Biltgen, L.S. Rossi (sprawozdawczyni) i N. Wahl, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Richard de la Tour,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu eprimo GmbH – R. Hall, Rechtsanwalt,

* Język postępowania: niemiecki.

- w imieniu Interactive Media CCSP GmbH – D. Frey i M. Rudolph, Rechtsanwälte,
- w imieniu rządu portugalskiego – L. Inez Fernandes, A. Guerra i P. Barros da Costa, w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej – C. Hödlmayr, F. Wilman, N. Ruiz García i S. Kaléda, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 24 czerwca 2021 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 akapit drugi lit. h) i art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.U. 2002, L 201, s. 37), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. 2009, L 337, s. 11), (zwanej dalej „dyrektywą 2002/58”) oraz pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej 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 (dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych) (Dz.U. 2005, L 149, s. 22).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach dwóch sporów, jakie zaistniały pomiędzy StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (zwaną dalej „StWL”) i eprimo GmbH, dwiema spółkami dostarczającymi energię elektryczną odbiorcom końcowym, w przedmiocie praktyki reklamowej stosowanej przez Interactive Media CCSP GmbH na zlecenie eprimo, a która to praktyka polegała na wyświetlaniu wiadomości reklamowych w skrzynkach odbiorczych użytkowników bezpłatnej poczty elektronicznej „T-Online”.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motywy 4 i 40 dyrektywy 2002/58 mają następujące brzmienie:
„(4) Dyrektywa 97/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze telekomunikacyjnym [Dz.U. 1998, L 24, s. 1] przełożyła zasady ustanowione w dyrektywie 95/46/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U. 1995, L 281, s. 31)] na zasady szczególne dla sektora telekomunikacji. Dyrektywa 97/66/WE musi zostać dostosowana do rozwoju rynków i technologii w usługach łączności elektronicznej, aby zapewnić równy poziom

ochrony danych osobowych i prywatności użytkownikom dostępnych publicznie usług łączności elektronicznej, bez względu na zastosowane technologie. Ta dyrektywa powinna zatem zostać uchylona i zastąpiona niniejszą dyrektywą.

[...]

- (40) Należy zapewnić środki zabezpieczające abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości z poczty elektronicznej (e-maile), w tym wiadomości SMS. Te formy niezamówionych komunikatów handlowych mogą z jednej strony być stosunkowo proste i tanie w przesyłaniu, z drugiej strony zaś mogą powodować obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy. Ponadto, w niektórych przypadkach ich pojemność może powodować również problemy w sieci łączności elektronicznej i terminalu. W przypadku takich form niezamówionych komunikatów dotyczących marketingu bezpośredniego uzasadnione staje się wymaganie uprzedniej wyraźnej zgody odbiorcy przed wysłaniem do niego komunikatu. Jednolity rynek wymaga zharmonizowanego podejścia w celu zapewnienia prostych reguł dla przedsiębiorców i użytkowników na terenie [Unii Europejskiej].

- 4 Artykuł 1 ust. 1 wskazanej dyrektywy stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa przewiduje harmonizację przepisów krajowych wymaganych do zapewnienia równoważnego poziomu ochrony podstawowych praw i wolności, w szczególności prawa do prywatności i poufności, w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych w sektorze łączności elektronicznej oraz w celu zapewnienia swobodnego przepływu [w Unii Europejskiej] tego typu danych oraz urządzeń i usług łączności elektronicznej”.

- 5 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, zawiera akapit drugi lit. d), f) i h), zgodnie z którym:

„Stosuje się również następujące definicje:

- d) »komunikat« oznacza każdą informację wymienianą lub przekazaną między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnej łączności elektronicznej. Nie obejmuje on informacji przekazanej jako część publicznych usług nadawczych przez sieć łączności elektronicznej, z wyjątkiem zakresu, w jakim informacja może się odnosić do możliwego do zidentyfikowania abonenta lub użytkownika otrzymującego informację;

[...]

- f) »zgoda« użytkownika lub abonenta odpowiada zgodzie podmiotu danych określonej w dyrektywie 95/46;

[...]

- h) »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”.

- 6 Artykuł 13 dyrektywy 2002/58, zatytułowany „Komunikaty niezamówione”, przewiduje w ust. 1:
„Używanie automatycznych systemów wywołujących bez ludzkiej ingerencji (aparaty wywołujące automatycznie), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego może być dozwolone jedynie wobec abonentów, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę”.
- 7 Motyw 67 dyrektywy 2009/136 stanowi:
„Udostępniane abonentom środki ochrony przed naruszeniem ich prywatności przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego rozsyłane pocztą elektroniczną powinny mieć również zastosowanie do wiadomości SMS, [wiadomości multimedialnych (MMS)] i innych rodzajów podobnych aplikacji”.
- 8 Artykuł 2 lit. h) dyrektywy 95/46 stanowi:
„Do celów niniejszej dyrektywy:
[...]
h) »zgoda osoby, której dane dotyczą« oznacza konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą, na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych”.
- 9 Artykuł 94 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólnego rozporządzenia o ochronie danych) (Dz.U. 2016, L 119, s. 1; sprostowanie Dz.U. 2018, L 127, s. 2), zatytułowany „Uchylenie dyrektywy 95/46/WE”, przewiduje w ust. 2, co następuje:
„Odesłania do uchylonej dyrektywy należy traktować jako odesłania do niniejszego rozporządzenia. [...]”.
- 10 Artykuł 4 pkt 11 tego rozporządzenia ma następujące brzmienie:
„Na użytek niniejszego rozporządzenia:
[...]
11) »zgoda« osoby, której dane dotyczą, oznacza dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych”.
- 11 Zgodnie z motywem 17 dyrektywy 2005/29:
„(17) W celu zapewnienia większej pewności prawnej wskazane jest zidentyfikowanie tych praktyk handlowych, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach. W związku z tym załącznik I zawiera pełen wykaz tego typu praktyk. Są to jedyne praktyki handlowe, które można uznać za nieuczciwe bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9. Wykaz ten może być zmodyfikowany wyłącznie poprzez poddanie niniejszej dyrektywy przeglądowi”.

12 Artykuł 5 tej dyrektywy stanowi:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2. Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej,

oraz

b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

[...]

4. Za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które:

a) wprowadzają w błąd w rozumieniu art. 6 i 7;

lub

b) są agresywne w rozumieniu art. 8 i 9.

5. Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy”.

13 Artykuł 8 wskazanej dyrektywy stanowi:

„Praktykę handlową uznaje się za agresywną, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej lub bezprawny nacisk, w znaczny sposób ogranicza ona lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta, lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął”.

14 Punkt 26 załącznika I do tej dyrektywy zawiera wykaz praktyk handlowych uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach; zgodnie z brzmieniem tego punktu:

„Agresywne praktyki handlowe

[...]

(26) Uporczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe. Pozostaje to bez uszczerbku dla dyrektyw [...] 95/46/WE i [2002/58]”.

Prawo niemieckie

- 15 Paragraf 3 ust. 1 i 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (niemieckiej federalnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) z dnia 3 lipca 2004 r. (BGBl. 2004 I, s. 1414, zwanej dalej „UWG”) w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym stanowi:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2. Praktyki handlowe, które docierają do konsumentów lub do nich są kierowane, uważa się za nieuczciwe, gdy nie pozostają w zgodności z regułami staranności, której powinni dochować przedsiębiorcy i gdy mogą one w sposób istotny wpłynąć na zachowanie gospodarcze konsumenta”.

- 16 Paragraf 5a UWG, zatytułowany „Wprowadzenie w błąd przez zaniechanie”, stanowi w ust. 6:

„Czynu nieuczciwej konkurencji [...] dopuszcza się każdy, kto nie ujawnia komercyjnego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jasno z kontekstu i jeżeli może to spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął”.

- 17 Artykuł 7 UWG stanowi:

„1. Zabronione są praktyki handlowe powodujące niedopuszczalne uciążliwości dla uczestnika rynku. Dotyczy to w szczególności reklamy, w przypadku której jest oczywiste, że uczestnik przedmiotowego rynku jej sobie nie życzy.

2. Należy uznać, że do niedopuszczalnych uciążliwości dochodzi zawsze:

1) w przypadku reklamy wymagającej używania środka komunikacji handlowej na odległość niewymienionego w pkt 2 i 3, za pomocą której konsument jest w sposób uporczywy namawiany konsumenta, choć sobie tego w sposób oczywisty nie życzy;

[...]

3) w przypadku reklamy wykorzystującej urządzenie do wywołań automatycznych, telefaks lub pocztę elektroniczną bez uprzedniej, wyraźnej zgody odbiorcy lub

4) w przypadku reklamy emitowanej w formie wiadomości

a) przerabiającej lub zatajającej tożsamość nadawcy, w imieniu którego wysyłany jest komunikat [...]

[...]”.

- 18 Artykuł 8 UWG stanowi:

„1. Przeciwnie każdemu, kto dopuszcza się zabronionej praktyki handlowej opisanej w § 3 lub § 7, przysługuje roszczenie o przywrócenie do stanu poprzedniego, a w przypadku ryzyka ponowienia tych działań – roszczenie o zaniechanie. Do powstania roszczenia o zaniechanie wystarczy, jeśli tylko istnieje zagrożenie, że taka sprzeczna z § 3 lub § 7 praktyka może się pojawić.

[...]

3. Roszczenia opisane w ust. 1 przysługują:

1) każdemu konkurentowi;

[...]”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 19 Z postanowienia odsyłającego wynika, że StWL i eprimo są dwoma konkurencyjnymi dostawcami energii elektrycznej. Na zlecenie eprimo agencja reklamowa Interactive Media CCSP wysłała ogłoszenia reklamowe do skrzynek poczty elektronicznej użytkowników usługi poczty elektronicznej T-Online. Usługa ta jest finansowana z reklam opłacanych przez reklamodawców i świadczona nieodpłatnie na rzecz użytkowników.
- 20 Te ogłoszenia reklamowe pojawiały się w skrzynkach odbiorczych prywatnej poczty elektronicznej tych użytkowników, a konkretnie w rubryce, w której otrzymywane e-maile są pokazywane w formie listy, gdzie reklamy te znalazły się pomiędzy otrzymywanymi e-mailami.
- 21 W dniach 12 grudnia 2016 r., 13 stycznia 2017 r. i 15 stycznia 2017 r. do skrzynek odbiorczych tych użytkowników zostały przesłane wiadomości reklamowe. Jeśli chodzi o komunikaty wyświetlane na liście wiadomości znajdujących się w skrzynce odbiorczej, jedyną cechą odróżniającą te wiadomości wizualnie od innych e-maili użytkownika konta było to, że data była zastąpiona słowem „Anzeige” (ogłoszenie), że nie zawierały one nadawcy, zaś reklama pojawiała się na szarym tle. Temat tych komunikatów zawierał tekst mający na celu promowanie korzystnych cen usług [związanych z dostawą] energii elektrycznej i gazu.
- 22 Z technicznego punktu widzenia, 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 była wysyłana prośba (*Adrequest*) o wyświetlenie losowo wybranego banera z istniejącej puli reklamodawców, na skutek czego wybrany baner był wyświetlany w skrzynce odbiorczej użytkownika. Jeśli użytkownik ten klika na wyświetlaną reklamę, dane o wejściu są przekazywane do serwera reklamowego, który rejestruje to kliknięcie i przekierowuje przeglądarkę na stronę reklamodawcy.
- 23 Ta funkcja usługi poczty elektronicznej odnosi się do wejścia danej wiadomości reklamowej do skrzynki odbiorczej konta użytkownika usługi poczty elektronicznej w sposób odmienny, niż ma to miejsce w przypadku zwykłych e-maili: ta reklama, wyświetlająca się w formie zbliżonej do e-maili, może zostać usunięta z ich listy, ale nie można jej zarchiwizować, zmienić jej, przekazać jej dalej czy też odpowiedzieć na nią. Wreszcie nie była ona również uwzględniana w liczbie nieprzeczytanych e-maili i nie zajmowała pamięci skrzynki odbiorczej.
- 24 StWL uznał, że ta praktyka reklamowa wykorzystująca pocztę elektroniczną bez uprzedniej, wyraźnej zgody odbiorcy jest sprzeczna z zasadami obowiązującymi w dziedzinie nieuczciwej konkurencji ze względu na to, iż stanowi ona „niedopuszczalną uciążliwość” w rozumieniu § 7 ust. 2 pkt 3 UWG oraz iż wprowadza ona w błąd w rozumieniu § 5a ust. 6 UWG. Z tego względu StWL wniósł do Landgericht Nürnberg-Fürth (sądu krajowego w Nürnberg-Fürth, Niemcy) powództwo przeciwko eprimo o nakazanie zaprzestania szkodliwych praktyk. Sąd ten uwzględnił

roszczenie StWL i nakazał eprimo, pod rygorem nałożenia okresowej kary pieniężnej, zaprzestanie wysyłania konsumentom końcowym na konta poczty elektronicznej T-online.de tego rodzaju reklamy związanej z dystrybucją energii elektrycznej.

- 25 Apelacja wniesiona do Oberlandesgericht Nürnberg (wyższego sądu krajowego w Norymberdze, Niemcy) została uwzględniona, bowiem sąd ten uznał, że zakwestionowane umieszczanie reklamy w skrzynce odbiorczej prywatnej poczty elektronicznej T-Online nie stanowiło z punktu widzenia prawa konkurencji zabronionej praktyki handlowej.
- 26 W szczególności zdaniem tego sądu, po pierwsze, reklama strony pozwanej nie stanowiła niedopuszczalnej uciążliwości związanej z używaniem „poczty elektronicznej” w rozumieniu § 7 ust. 2 pkt 3 UWG, gdyż reklama ta nie może zostać uznana za „pocztę elektroniczną” w rozumieniu tego przepisu. W każdym razie sporna reklama nie powodowała dla użytkownika usługi poczty elektronicznej T-Online obciążeń lub kosztów, które wykraczałyby poza „zwykłą” uciążliwość wywoływaną przez każdą reklamę i nie powodowała więc niedopuszczalnej uciążliwości w rozumieniu ogólnego przepisu § 7 ust. 1 zdanie pierwsze UWG, zwłaszcza biorąc pod uwagę nieodpłatność usługi konta poczty elektronicznej.
- 27 Po drugie, sąd ten uznał, że przedmiotowa reklama nie była zabroniona w świetle § 7 ust. 2 pkt 4 lit. a) UWG, ponieważ nie jest reklamą w formie wiadomości. Zdaniem tego sądu § 7 ust. 2 pkt 1 UWG również nie miał zastosowania, ponieważ wiąże się on z przyjęciem założenia, że ma miejsce „namawianie” rozumiane jako działanie dla konsumenta dokuczliwe, co nie miało miejsca w tym przypadku. Ponadto, ze względu na to, iż ogłoszenia pozwanej nie zatajały swego reklamowego charakteru, nie można ich uważać za nieuczciwe na tej podstawie, że wprowadzały w błąd w rozumieniu § 5a ust. 6 UWG.
- 28 Wskutek wniesienia przez StWL skargi rewizyjnej Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) uznał, że uwzględnienie żądania podniesionego w skardze jest uzależnione od wykładni art. 2 akapit drugi lit. d) i h) oraz art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 i pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.
- 29 Zdaniem sądu odsyłającego zarzucane eprimo działanie może bowiem być niedozwolone z tytułu § 7 ust. 2 pkt 3 UWG, który stanowi transpozycję art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. Sąd odsyłający wskazuje, że należy także wziąć pod uwagę fakt, iż reklama ta może być niedozwolona na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 UWG, który stanowi transpozycję pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.
- 30 Sąd odsyłający pragnie uzyskać w tym względzie od Trybunału wyjaśnienie w przedmiocie kryteriów dotyczących pojęcia „poczty elektronicznej” w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58, oraz pojęcia jej „używania” do celów marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 13 ust. 1 tej dyrektywy. Ponadto sąd ten zwraca się do Trybunału o doprecyzowanie kryteriów dotyczących pojęcia „namawiania” w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.

31 W tej sytuacji Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy kryteria pojęcia »wysłania« w rozumieniu art. 2 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 są 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 wyświetlana 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 akapit drugi lit. h) dyrektywy 2002/58 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 z pocztą elektroniczną w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 mamy do czynienia 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 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 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 powstała 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?».

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań od pierwszego do czwartego

32 Poprzez pytania od pierwszego do czwartego, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, po pierwsze, czy art. 2 lit. h) i art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 należy interpretować w ten sposób, że kryteria dotyczące pojęcia »poczty elektronicznej« w rozumieniu tych przepisów są spełnione, jeżeli wiadomość reklamowa jest wyświetlana w wyniku otwarcia chronionej hasłem strony internetowej konta poczty elektronicznej w określonych wyznaczonych do tego obszarach w skrzynce odbiorczej poczty elektronicznej losowo wybranego użytkownika i, po drugie, czy art. 13 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że takie działanie reklamowe jest objęte pojęciem »używania [...] poczty elektronicznej do celów marketingu

bezpośredniego” w rozumieniu tego przepisu, w którym ustanowiony został wymóg, aby użytkownik danego konta poczty elektronicznej wyraził uprzednio swą zgodę na takie działania, jeśli stwierdzone zostanie, że obciążenie dla użytkownika wykracza poza zwykłą uciążliwość.

- 33 Aby udzielić odpowiedzi na te pytania, należy przypomnieć, że zgodnie ze swym brzmieniem art. 1 ust. 1 dyrektywy 2002/58 przewiduje w szczególności harmonizację przepisów krajowych wymaganych do zapewnienia równoważnego poziomu ochrony podstawowych praw i wolności, w szczególności prawa do prywatności i poufności, w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych w sektorze łączności elektronicznej.
- 34 Tak jak wynika to z motywu 40 tej dyrektywy, jej celem jest zabezpieczenie abonentów przed ingerencją w ich prywatność przez „niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego”, w szczególności przez urządzenia do wywołań automatycznych, telefaksy i wiadomości przesyłane pocztą elektroniczną, w tym wiadomości SMS.
- 35 W art. 2 lit. d) dyrektywy 2002/58 została zawarta szeroka definicja pojęcia „komunikatu” obejmująca każdą informację wymienianą lub przekazaną między określoną liczbą stron za pośrednictwem usług publicznie dostępnej łączności elektronicznej.
- 36 W tym względzie ust. 1 zawarty w art. 13 tej dyrektywy, zatytułowanym „Komunikaty niezamówione” zezwala na używanie różnych rodzajów komunikacji, a mianowicie automatycznych systemów wywołujących bez ludzkiej ingerencji (aparaty wywołujące automatycznie), faksów lub poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego, pod warunkiem że dotyczy to abonentów, którzy uprzednio wyrazili na to zgodę.
- 37 W celu zastosowania tego przepisu należy więc w pierwszej kolejności zweryfikować, czy rodzaj komunikatu używanego do celów marketingu bezpośredniego jest jednym z tych wskazanych w wymienionym przepisie; w drugiej kolejności, czy taki komunikat ma na celu marketing bezpośredni, i, w trzeciej kolejności, czy spełniony został wymóg uzyskania od użytkownika uprzedniej zgody.
- 38 W odniesieniu do, w pierwszej kolejności, środków łączności elektronicznej, za pomocą których prowadzone są bezpośrednie działania marketingowe, na wstępie należy podnieść, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 53 opinii, że wykaz środków komunikacji wymienionych w motywie 40 i art. 13 ust. 1 tej dyrektywy nie ma charakteru wyczerpującego.
- 39 Z jednej strony bowiem dyrektywa 2009/136, która wprowadziła zmiany do dyrektywy 2002/58, odsyła w motywie 67 do form komunikatów innych niż te wspomniane w dyrektywie 2002/58, wskazując, że udostępniane abonentom środki ochrony przed naruszeniem ich prywatności przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego rozsyłane pocztą elektroniczną „powinny mieć również zastosowanie do wiadomości SMS, MMS i innych rodzajów podobnych aplikacji”. Z drugiej strony, jak zostało to wyjaśnione w motywie 4 dyrektywy 2002/58, realizacja celu polegającego na zapewnieniu równego poziomu ochrony danych osobowych i prywatności użytkownikom dostępnych publicznie usług łączności elektronicznej winna zostać zagwarantowana „bez względu na zastosowane technologie”, co potwierdza, iż należy przyjąć szeroką i uwzględniającą zmiany technologiczne koncepcję rodzaju komunikatów objętych tą dyrektywą.

- 40 W związku z tym należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie rozpatrywana w postępowaniu głównym wiadomość reklamowa została skierowana do osób, których dane dotyczą, przy użyciu jednego ze środków komunikacji, o których mowa wyraźnie w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, a mianowicie poczty elektronicznej.
- 41 W tym względzie, z punktu widzenia adresata, ta wiadomość reklamowa jest bowiem wyświetlana w skrzynce odbiorczej użytkownika konta poczty elektronicznej, czyli w obszarze normalnie zastrzeżonym prywatnych e-maili. Użytkownik może wyczyścić ten obszar, aby uzyskać całościowy wgląd w swoje wyłącznie prywatne e-maile, dopiero po sprawdzeniu treści tejże samej wiadomości reklamowej i jej aktywnym usunięciu. Jeśli użytkownik, zamiast kontynuować przeglądanie swoich prywatnych e-maili, kliknie na wiadomość reklamową taką jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, jest on przekierowywany na stronę internetową zawierającą przedmiotową reklamę.
- 42 Tak więc, w odróżnieniu od banerów reklamowych bądź okien kontekstowych pojawiających się na marginesie listy prywatnych e-maili bądź niezależnie od nich, pojawianie się rozpatrywanych w postępowaniu głównym wiadomości reklamowych na liście prywatnych e-maili użytkownika utrudnia mu dostęp do tych wiadomości w sposób analogiczny do tego wykorzystywanego w przypadku e-maili niezamówionych (zwanych również spamami), ponieważ takie działanie wymaga od abonenta takiego samego podjęcia decyzji, co zrobić z taką wiadomością.
- 43 Poza tym, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 55 opinii, ze względu na to, że komunikaty reklamowe zajmują te miejsca w skrzynce odbiorczej, które są normalnie zastrzeżone dla prywatnych e-maili i ze względu na podobieństwo do nich, istnieje ryzyko pomylenia obu rodzajów wiadomości, co może doprowadzić użytkownika, który kliknąłby na pozycję w skrzynce odbiorczej odpowiadającej reklamie, do tego, że zostałby przekierowany wbrew swojej woli na stronę internetową prezentującą przedmiotową reklamę zamiast kontynuować przeglądanie swoich prywatnych e-maili.
- 44 Jak zaś zauważyła Komisja, skoro w skrzynce odbiorczej konta internetowej poczty elektronicznej, czyli w rubryce, w której wyświetlane są wszystkie maile adresowane do użytkownika, pojawiają się dowolnego rodzaju reklamy, to należy uznać, że ta skrzynka odbiorcza stanowi środek, za pomocą którego te wiadomości reklamowe są przekazywane temu użytkownikowi, co oznacza używanie jego poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. Innymi słowy, pozwana i interwenient w postępowaniu głównym, a także dostawca konta poczty elektronicznej wykorzystują, ze względu na szczególne znaczenie i zaufanie abonenta w odniesieniu do listy jego prywatnych e-maili, istnienie tej listy do tego, aby umieścić na niej ich bezpośrednią reklamę, nadając jej wygląd prawdziwej wiadomości przesłanej pocztą elektroniczną.
- 45 Taki sposób postępowania stanowi używanie poczty elektronicznej w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, mogące naruszać realizowany przez ten przepis cel polegający na ochronie użytkowników przed ingerencją w ich prywatność przez niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego.
- 46 W takich okolicznościach podnoszenie kwestii, czy wiadomości reklamowe takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym same spełniają kryteria pozwalające uznać je za „pocztę elektroniczną” w rozumieniu art. 2 lit. h) tej dyrektywy, staje się zbędne ze względu na to, że wiadomości te zostały przekazane osobom, których dane dotyczą, za pomocą ich elektronicznej skrzynki pocztowej, czyli za pośrednictwem poczty elektronicznej.

- 47 W odniesieniu do, w drugiej kolejności, kwestii, czy komunikaty wskazane w art. 13 ust. 1 tej dyrektywy mają za cel marketing bezpośredni, należy sprawdzić, czy taki komunikat ma cel komercyjny i czy jest on kierowany do danego konsumenta bezpośrednio i indywidualnie.
- 48 W niniejszej sprawie sam charakter rozpatrywanych w postępowaniu głównym wiadomości reklamowych, mających promować usługi, oraz okoliczność polegająca na tym, że są one rozpowszechniane w formie wiadomości przesyłanej pocztą elektroniczną, efektem czego pojawiają się one bezpośrednio w skrzynce odbiorczej prywatnego konta danego użytkownika tej poczty, pozwala zakwalifikować te wiadomości jako komunikaty do celów marketingu bezpośredniego w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58.
- 49 Wniosku tego nie można zakwestionować w oparciu o okoliczność polegającą na tym, że odbiorca tych wiadomości reklamowych jest wybierany losowo, która to okoliczność została podniesiona w ramach trzeciego z zadanych przez sąd odsyłający pytań.
- 50 W tym względzie wystarczy zauważyć, jak to uczynił rzecznik generalny w pkt 61 opinii, że losowy czy też wcześniej określony wybór odbiorcy nie stanowi przesłanki stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58. Inaczej mówiąc, mało istotne jest, czy przedmiotowa reklama jest kierowana do odbiorcy wcześniej określonego i indywidualnie skonkretyzowanego, czy też chodzi o masowe i losowe rozpowszechnianie jej wśród licznych odbiorców. Istotne jest natomiast, że zawiera ona komunikat o celu marketingowym, który dociera bezpośrednio i indywidualnie do jednego lub wielu użytkowników usługi poczty elektronicznej w ten sposób, że jest umieszczany w skrzynce odbiorczej na koncie poczty elektronicznej tych użytkowników.
- 51 Odbiorcy takich wiadomości reklamowych są zaś zindywidualizowani w szczególności jako użytkownicy danego dostawcy kont poczty elektronicznej ze względu na to, że użytkownik ten uzyskuje dostęp do swojej skrzynki odbiorczej dopiero po podaniu swych danych rejestracyjnych i hasła. Tak więc wiadomości są wyświetlane dopiero po przeprowadzeniu przez użytkownika tej procedury uwierzytelniania w zastrzeżonym dlań obszarze, który jest przeznaczony do przeglądania w nim prywatnych treści w postaci wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną.
- 52 W trzeciej kolejności, w odniesieniu właśnie do przewidzianego w art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 wymogu uzyskania uprzedniej zgody, należy przypomnieć, że jeżeli komunikat wchodzi w zakres zastosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, jest dozwolony pod warunkiem uzyskania wcześniejszej zgody ze strony jego odbiorcy.
- 53 W tym względzie z art. 2 akapit drugi lit. f) dyrektywy 2002/58 w związku z art. 94 ust. 2 rozporządzenia 2016/679 wynika, że zgoda ta powinna spełniać wymogi wynikające z art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46 lub też z art. 4 pkt 11 tego rozporządzenia w zależności od tego, czy do okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym znajdzie *ratione temporis* zastosowanie pierwszy czy drugi z tych przepisów.
- 54 Zgodnie z art. 2 lit. h) dyrektywy 95/46 pojęcie „zgody” jest zdefiniowane jako „konkretne i świadome, dobrowolne wskazanie przez osobę, której dane dotyczą, na to, że wyraża przyzwolenie na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych”.
- 55 Ten sam wymóg ma zastosowanie również na gruncie rozporządzenia 2016/679. Artykuł 4 pkt 11 tego rozporządzenia definiuje bowiem „zgoda osoby, której dane dotyczą” w ten sposób, że ustanawia wymóg „dobrowolnego, konkretnego, świadomego i jednoznacznego” wyrażenia woli

przez osobę, której dane dotyczą, w postaci oświadczenia lub „wyraźnego działania potwierdzającego” oznaczającego zgodę tej osoby na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych.

- 56 Odnośnie do roszczenia o zaniechanie niedozwolonej praktyki handlowej takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym nie jest wykluczone, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 50 opinii, przy założeniu, że postępowanie wszczęte przez StWL zmierza do spowodowania zaniechania takiego działania przez eprimo w przyszłości, iż rozporządzenie 2016/679 znalazłoby też zastosowanie *ratione temporis* w ramach sporu w postępowaniu głównym, choć okoliczności zaistnienia tego sporu miały miejsce przed dniem 25 maja 2018 r., czyli dniem, od którego stosuje się to rozporządzenie, ponieważ dyrektywa 95/46 została uchylona ze skutkiem na ten dzień.
- 57 Z powyższego wynika, że udzielenie takiej zgody winno przejawiać się co najmniej w dobrowolnym, konkretnym, świadomym i jednoznacznym wyrażeniu woli przez osobę, której dane dotyczą.
- 58 W niniejszym przypadku z przedstawionych Trybunałowi akt sprawy wynika, że podczas procesu rejestracji adresu konta poczty elektronicznej rozpatrywanej w postępowaniu głównym usługa prowadzenia konta poczty elektronicznej T-Online jest oferowana użytkownikom w postaci dwóch kategorii usług pocztowych, a mianowicie, z jednej strony, usługi pocztowej świadczonej nieodpłatnie i finansowanej z reklam opłacanych przez reklamodawców i, z drugiej strony, płatnej usługi pocztowej bez reklam. Tak więc należałoby uznać, że użytkownicy, którzy decydują się na nieodpłatność usługi, tak jak ci występujący w postępowaniu głównym, akceptują otrzymywanie ogłoszeń reklamowych po to, aby nie uiszczać świadczenia wzajemnego za używanie tej usługi poczty elektronicznej.
- 59 W tym względzie do sądu odsyłającego należy jednak ustalenie, czy użytkownik, którego dane dotyczą, wybierając nieodpłatność usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej T-Online, został należycie poinformowany o szczegółowych zasadach rozpowszechniania takiej reklamy i rzeczywiście wyraził zgodę na odbieranie wiadomości reklamowych takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym. W szczególności należy upewnić się, po pierwsze, czy użytkownik ten został poinformowany w jasny i dokładny sposób w szczególności o fakcie, że reklamy są wyświetlane na liście otrzymanych prywatnych e-maili i, po drugie, że wyraził on swoją zgodę w konkretny sposób i ze świadomością tego, iż będzie on otrzymywał takie wiadomości reklamowe (zob. podobnie wyrok z dnia 11 listopada 2020 r., *Orange Romania*, C-61/19, EU:C:2020:901, pkt 52).
- 60 Wreszcie, udzielając odpowiedzi na pytanie czwarte, poprzez które sąd odsyłający zastanawia się, czy, dla uznania, iż działania reklamowe, takie jak będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, stanowią „używanie [...] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego” w rozumieniu art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, konieczne jest stwierdzenie, że to obciążenie dla użytkownika wykracza poza zwykłą uciążliwość, należy doprecyzować, że dyrektywa ta nie przewiduje takiego wymogu.
- 61 Jak bowiem podniósł rzecznik generalny w pkt 62 opinii, z motywu 40 tej dyrektywy wynika, że stawiany w tym przepisie wymóg uzyskania uprzedniej zgody jest uzasadniony w szczególności tym, iż niezamówione komunikaty do celów marketingu bezpośredniego „mogą powodować

obciążenie i/lub koszty dla odbiorcy”. Zatem skoro takie komunikaty są objęte zakresem stosowania art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58, nie ma potrzeby sprawdzania, czy powodowane przez nie obciążenie dla ich odbiorcy wykracza poza zwykłą uciążliwość.

- 62 W niniejszej sprawie nie ulega ponadto wątpliwości, że działania reklamowe, takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego, rzeczywiście stanowią obciążenie dla danego użytkownika, ponieważ – jak zauważono w pkt 42 niniejszego wyroku – pojawianie się rozpatrywanych w postępowaniu głównym wiadomości reklamowych na liście prywatnych wiadomości przesyłanych do tego użytkownika pocztą elektroniczną utrudnia mu dostęp do tych ostatnich wiadomości w sposób analogiczny jak w przypadku e-maili niezamówionych (spamu), ponieważ takie działanie wymaga od abonenta analogicznie podjęcia decyzji, co zrobić z taką wiadomością.
- 63 Uwzględniając powyższe, na pytania od pierwszego do czwartego należy udzielić odpowiedzi, że art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58 należy interpretować w ten sposób, iż wyświetlanie w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej wiadomości reklamowych w formie zbliżonej do prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i w tym samym umiejscowieniu co one, stanowi „używanie [...] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego” w rozumieniu tego przepisu, przy czym losowe określenie odbiorców tych reklam jest w tym względzie bez znaczenia, podobnie jak nie ma wymogu stwierdzenia stopnia obciążenia dla użytkownika, ponieważ takie używanie jest dozwolone jedynie pod warunkiem, że użytkownik ten został poinformowany w jasny i dokładny sposób o szczegółowych zasadach rozpowszechniania takiej reklamy, a w szczególności o fakcie, że reklamy są wyświetlane na liście otrzymanych prywatnych e-maili i, po drugie, że wyraził on swoją zgodę w konkretny sposób i ze świadomością tego, że będzie on otrzymywał takie wiadomości reklamowe.

W przedmiocie pytania piątego

- 64 W pytaniu piątym sąd odsyłający zastanawia się w szczególności, czy pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy interpretować w ten sposób, że działanie polegające na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej wiadomości reklamowych w formie zbliżonej do prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i w tym samym umiejscowieniu co one, jest objęte pojęciem „uporczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów” użytkowników usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej w rozumieniu tego przepisu.
- 65 Artykuł 5 tej dyrektywy zakazuje w ust. 1 nieuczciwych praktyk handlowych, zaś w ust. 2 wyznacza kryteria pozwalające na ustalenie, czy dana praktyka handlowa ma nieuczciwy charakter.
- 66 Następnie art. 5 tej dyrektywy doprecyzowuje w ust. 4, że za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które „wprowadzają w błąd” w rozumieniu art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29 i które są „agresywne” w rozumieniu art. 8 i 9 wymienionej dyrektywy.
- 67 W tym względzie należy przypomnieć, że dyrektywa 2005/29 dokonuje na poziomie Unii pełnej harmonizacji zasad dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów i zawiera w załączniku I wyczerpujące wyliczenie 31 praktyk handlowych, które zgodnie z art. 5 ust. 5 tej dyrektywy są uznane za nieuczciwe „w każdych okolicznościach”. W konsekwencji, jak wyjaśniono wyraźnie w motywie 17 wspomnianej dyrektywy, chodzi jedynie o te praktyki handlowe, które mogą być uznane za

nieuczciwe jako takie, bez poddawania ich ocenie w ramach konkretnego przypadku na podstawie art. 5–9 tejże dyrektywy (wyrok z dnia 2 września 2021 r., Peek & Cloppenburg, C-371/20, EU:C:2021:674, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 68 Tak więc w zastosowaniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 jako „praktyka handlowa uznawana za nieuczciwą w każdych okolicznościach”, będąca agresywną praktyką handlową, jest zakwalifikowana okoliczność, że przedsiębiorca dopuszcza się „[u]porczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe”.
- 69 Jak zostało zaś podniesione w pkt 48, 50 i 51 niniejszego wyroku, wiadomość reklamową taką jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym należy uznać za kierowaną do danego użytkownika bezpośrednio i indywidualnie, ponieważ, ze względu na rozpowszechnianie jej w formie wiadomości przesyłanej pocztą elektroniczną, pojawia się ona bezpośrednio w skrzynce odbiorczej prywatnego konta danego użytkownika tej poczty, w prywatnym obszarze, do którego dostęp jest chroniony zastrzeżonym przezeń hasłem i w której spodziewa się on jedynie otrzymywać wiadomości zaadresowane doń indywidualnie.
- 70 Z tego względu, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 71 opinii, efekty takiej wiadomości reklamowej są więc podobne do efektów zindywidualizowanego marketingu bezpośredniego niezależnie od tego, czy reklamodawca, przygotowując technicznie przedmiotową wiadomość, zindywidualizował tego konkretnego odbiorcę, i bez względu na to, czy ta wiadomość jest traktowana inaczej, czy to w kategorii ilości zajmowanej pamięci czy też kategorii posiadanych funkcji związanych z przetwarzaniem prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną.
- 71 W tych okolicznościach należy uznać, że taka wiadomość reklamowa stanowi „namawianie” użytkowników usług poczty elektronicznej w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29.
- 72 Należy przy tym sprawdzić, czy takie namawianie jest „uporczywe i niechciane”, wobec czego ustanowiony na mocy tego przepisu zakaz ma zastosowanie w każdych okolicznościach.
- 73 W tym względzie należy stwierdzić, z jednej strony, że jak przypomniano w pkt 21 niniejszego wyroku, wiadomości reklamowe trafiały do skrzynek odbiorczych danych użytkowników skrzynek pocztowych trzykrotnie, a mianowicie, odpowiednio, w dniach 12 grudnia 2016 r., 13 stycznia 2017 r. i 15 stycznia 2017 r. W takich okolicznościach takie namawianie, biorąc też pod uwagę jego częstotliwość w ograniczonym czasie, należy uznać za „uporczywe” w rozumieniu pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29, tak jak stwierdził to sąd odsyłający.
- 74 Z drugiej strony, w odniesieniu do „niechcianego”, w rozumieniu tego samego pkt 26, charakteru takiego działania reklamowego należy sprawdzić, czy wyświetlanie wiadomości reklamowej takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym spełnia to kryterium, uwzględniając przy tym to, czy użytkownik ten udzielił uprzednio zgody na to wyświetlanie czy też wyraził ewentualnie sprzeciw wobec takiego zabiegu reklamowego. Wyrażenie takiego sprzeciwu zostało zresztą, jak stwierdził sąd odsyłający, wykazane w postępowaniu głównym.

- 75 W świetle powyższego na pytanie piąte należy odpowiedzieć, że pkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy interpretować w ten sposób, że działanie polegające na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej wiadomości reklamowych w formie zbliżonej do prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i w tym samym umiejscowieniu co te ostatnie, wchodzi w zakres pojęcia „uporczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów” użytkowników usług prowadzenia konta poczty elektronicznej w rozumieniu tego przepisu, jeśli, z jednej strony, wyświetlanie tych wiadomości reklamowych miało charakter wystarczająco częsty i regularny, by uznać je za „uporczywe namawianie”, i, z drugiej strony, w braku wyrażenia przez użytkownika zgody na wyświetlanie tej reklamy, może zostać uznane za „niechciane namawianie”.

W przedmiocie kosztów

- 76 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 13 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności (dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r., należy interpretować w ten sposób, iż wyświetlanie w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej wiadomości reklamowych w formie zbliżonej do prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i w tym samym umiejscowieniu co one, stanowi „używanie [...] poczty elektronicznej do celów marketingu bezpośredniego” w rozumieniu tego przepisu, przy czym losowe określenie odbiorców tych reklam jest w tym względzie pozbawione znaczenia, podobnie nie ma wymogu stwierdzenia stopnia obciążenia dla użytkownika, ponieważ takie używanie jest dozwolone jedynie pod warunkiem, że użytkownik ten został poinformowany w jasny i dokładny sposób o szczegółowych zasadach rozpowszechniania takiej reklamy, a w szczególności o fakcie, iż reklamy są wyświetlane na liście otrzymanych prywatnych e-maili, oraz że wyraził on swoją zgodę w konkretny sposób i ze świadomością tego, że będzie on otrzymywał takie wiadomości reklamowe.
- 2) Punkt 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej 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 (dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych) należy interpretować w ten sposób, że działanie polegające na wyświetlaniu w skrzynce odbiorczej użytkownika usługi prowadzenia konta poczty elektronicznej wiadomości reklamowych w formie zbliżonej do prawdziwych wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną i w tym samym umiejscowieniu co one, wchodzi w zakres pojęcia „uporczywego i niechcianego namawiania do zakupu produktów” użytkowników usług prowadzenia konta poczty elektronicznej w rozumieniu tego przepisu, jeśli z jednej

strony wyświetlanie tych wiadomości reklamowych miało charakter wystarczająco częsty i regularny, by uznać je za „uporczywe namawianie”, i, z drugiej strony, w braku wyrażenia przez użytkownika zgody na wyświetlanie tej reklamy, może zostać uznane za „niechciane namawianie”.

Podpisy