GENERALINIO ADVOKATO
JEAN RICHARD DE LA TOUR IŠVADA,
pateikta 2021 m. birželio 24 d.[1]

Byla C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz
prieš
eprimo GmbH,
dalyvaujant
Interactive Media CCSP GmbH

(*Bundesgerichtshof* (Aukščiausiasis Federalinis Teismas, Vokietija) prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Direktyva 2002/58/EB – Asmens duomenų tvarkymas ir privataus gyvenimo apsauga elektroninių ryšių srityje – Į el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanką įterptas reklaminis pranešimas – 2 straipsnio antros pastraipos h punktas – Sąvoka „elektroninis paštas“ – 13 straipsnio 1 dalis – Sąvoka „elektroninio pašto naudojimas tiesioginės rinkodaros tikslais“ – Direktyva 2005/29/EB – Nesąžininga komercinė veikla – I priedo 26 punktas – Sąvoka „atkaklus ir nepageidaujamas raginimas elektroniniu paštu“

I. Įžanga

1. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą pateiktas dėl 2002 m. liepos 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2002/58/EB dėl asmens duomenų tvarkymo ir privatumo apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje (Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių)[2], iš dalies pakeistos 2009 m. lapkričio 25 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/136/EB[3] (toliau – Direktyva 2002/58), 2 straipsnio antros pastraipos h punkto ir 13 straipsnio 1 dalies ir 2005 m. gegužės 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2005/29/EB dėl nesąžiningos įmonių komercinės veiklos vartotojų atžvilgiu vidaus rinkoje ir iš dalies keičiančios Tarybos direktyvą 84/450/EEB, Europos Parlamento ir Tarybos direktyvas 97/7/EB, 98/27/EB bei 2002/65/EB ir Europos Parlamento ir Tarybos reglamentą (EB) Nr. 2006/2004 („Nesąžiningos komercinės veiklos direktyva“)[4] I priedo 26 punkto išaiškinimo.

1 Originalo kalba: prancūzų.

2 OL L 201, 2002, p. 37; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 29 t., p. 514.

3 OL L 337, 2009, p. 11; klaidų ištaisymai OL L 241, 2013, p. 9 ir OL L 275, 2014, p. 8.

4 OL L 149, 2005, p. 22.

2. Šis prašymas pateiktas nagrinėjant *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH* (toliau – *StWL*) ir *eprimo GmbH*, dviejų bendrovių, galutiniams vartotojams tiekiančių elektros energiją, ginčą dėl *eprimo* prašymu *Interactive Media CCSP GmbH* (toliau – *Interactive Media*) vykdomos reklamos veiklos, kuri apima reklaminių pranešimų rodymą nemokamos el. pašto paslaugos „T-Online“ naudotojų gautų laiškų aplanke, suderinamumo su nacionalinės teisės aktais nesąžiningos konkurencijos srityje.

3. Pagrindinėje byloje nagrinėjamą reklamos techniką sunku kvalifikuoti, nes, pirma, ji skiriasi nuo elektroninio laiško techninio modelio, antra, ji tokia panaši, kad adresatas ją gali laikyti nepageidaujamu elektroniniu laišku (brukalu), pagrindiniu, be kita ko, Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalyje numatytos apsaugos tikslo objektu.

4. Šioje išvadoje Teisingumo Teismui pasiūlysiu nuspręsti, pirma, kad Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad „elektronin[io] pašt[o] [naudojimu] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą, laikomas reklaminių pranešimų rodymas el. pašto paslaugos naudotojo el. pašto dėžutėje į elektroninius laiškus panašia forma, toje pačioje vietoje kaip ir šie laiškai, ir šiuo klausimu neturi reikšmės tai, kad minėtų pranešimų gavėjai atrenkami atsitiktine tvarka, taip pat nėra reikalo konstatuoti, kad šiam naudotojui pranešimai sukelia nepatogumų, kurių poveikis didesnis negu suerzinimo. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar minėtas naudotojas prieš rodant tokius reklaminius pranešimus jo el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke davė sutikimą, kuris, be kita ko, yra pareikštas laisva valia, konkretus ir pagrįstas informacija.

5. Antra, Teisingumo Teismui siūlysiu konstatuoti, kad sąvoka „[a]tkaklus ir nepageidaujamas raginimas <…> elektroniniu paštu“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktą, turi būti aiškinama taip, kad ji gali apimti tokį elgesį, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kuris pasireiškia reklaminių pranešimų rodymu el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke į elektroninius laiškus panašia forma, toje pačioje vietoje kaip ir šie laiškai. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, pirma, ar šie reklaminiai pranešimai buvo rodomi pakankamai dažnai ir reguliariai, kad galėtų būti laikomi „atkakliu“ raginimu, antra, ar minėtų pranešimų rodymas gali būti laikomas „nepageidaujamu“ raginimu, atsižvelgiant į tai, ar šis naudotojas buvo davęs išankstinį sutikimą, ir į tai, ar minėtas naudotojas pareiškė prieštaravimą dėl tokios reklamos.

II. Teisinis pagrindas

A. Sąjungos teisė

1. Direktyva 2002/58

6. Direktyvos 2002/58 4 ir 40 konstatuojamosiose dalyse nustatyta:

„(4) 1997 m. gruodžio 15 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 97/66/EB dėl asmens duomenų tvarkymo ir privatumo apsaugos telekomunikacijų sektoriuje[5] perkėlė [1995 m. spalio 24 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 95/46/EB dėl asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo[6]] principus į konkrečias telekomunikacijų sektoriaus taisykles. Direktyva [97/66] turi būti priderinta prie elektroninių ryšių paslaugų rinkų ir technologijų raidos, kad būtų užtikrintas vienodas asmens duomenų ir privatumo apsaugos lygis <…> viešųjų elektroninių ryšių paslaugų naudotojams nepaisant to, kokia technologija būtų taikoma. Todėl minėtą direktyvą būtina panaikinti ir ją pakeisti šia direktyva.

<…>

(40) Abonentus būtina apsaugoti nuo privatumo pažeidimų per gaunamus neužsakytus pranešimus tiesioginės rinkodaros tikslais, ypač siunčiamus automatiniais skambinimo automatais, telefaksais ir elektroniniu paštu, įskaitant ir SMS žinutes. Nors tokius neužsakytus komercinius pranešimus gali būti gana lengva ir pigu siuntinėti, tačiau gavėjui tai gali pridaryti nepatogumų ir išlaidų. Be to, kai kada tokie pranešimai dėl didelės jų apimties gali sukelti sunkumų elektroninių ryšių tinklams ir galiniams įrenginiams. Tokio pobūdžio neužsakytiems komerciniams pranešimams tiesioginės rinkodaros tikslais reikėtų iš anksto gauti aiškų gavėjo sutikimą prieš adresuojant jam tokius pranešimus. Vienai bendrai rinkai reikia suderinto požiūrio į šią problemą, kuris leistų taikyti verslui ir naudotojams paprastas taisykles visoje [Sąjungoje].“

7. Direktyvos 2002/58 2 straipsnyje „Sąvokų apibrėžimai“ nustatyta:

„Jeigu toliau nepateikta kitaip, šioje direktyvoje vartojamos sąvokos yra apibrėžiamos taip, kaip apibrėžta Direktyvoje [95/46] ir 2002 m. kovo 7 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoje 2002/21/EB dėl elektroninių ryšių tinklų ir paslaugų bendrosios reguliavimo sistemos (Pagrindų direktyva)[7].

Šioje direktyvoje:

<…>

5 OL L 24, 1998, p. 1.

6 OL L 281, 1995, p. 31; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 15 t., p. 355.

7 OL L 108, 2002, p. 33; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 29 t., p. 349.

d) „pranešimas“ – tai informacija, kuria apsikeičiama arba kuri perduodama tarp baigtinio skaičiaus šalių, naudojantis viešai prieinamomis elektroninių ryšių paslaugomis. Jam nepriskiriama informacija, perduodama kaip dalis viešojo transliavimo paslaugos, naudojant elektroninių ryšių tinklus, išskyrus tuos atvejus, kai tokia informacija gali būti susijusi su informaciją gaunančiu abonentu arba naudotoju, kurio tapatybę galima nustatyti;

<…>

f) „sutikimas“ – abonento ar naudotojo sutikimas – tai duomenų subjekto sutikimas, kaip apibrėžta Direktyvoje [95/46[8]];

<…>

h) „elektroninis paštas“ – tai tekstinis, balso, garso ar vaizdo pranešimas, nusiųstas viešuoju ryšių tinklu, kuris gali būti saugomas tinkle arba gavėjo galiniame įrenginyje, kol jį gavėjas paima [atsidaro];

<…>“

8. Direktyvos 2002/58 13 straipsnyje „Neprašyti pranešimai“ numatyta:

„1. Naudoti automatinio skambinimo ir ryšių sistemas be žmogaus įsiterpimo (skambinimo automatus), faksimilinius aparatus (faksus) ar elektroninį paštą tiesioginės rinkodaros tikslais gali būti leidžiama tik gavus išankstinį abonentų ar naudotojų sutikimą.

2. Nepaisant 1 dalies, jeigu fiziniai ar juridiniai asmenys parduodami produktus ar teikdami paslaugas pagal Direktyvą [95/46] gauna iš savo klientų jų elektroninio pašto kontaktinius duomenis, šie fiziniai ar juridiniai asmenys gali pasinaudoti elektroniniais kontaktiniais duomenimis panašių savo pačių prekių ar paslaugų tiesioginei rinkodarai su sąlyga, jei [kad] klientams, kai kontaktiniai duomenys gaunami, aiškiu ir apibrėžtu būdu suteikiama galimybė nemokamai ir paprastomis priemonėmis prieštarauti tokiam elektroninių kontaktinių duomenų naudojimui, o jei klientas iš pradžių neprieštaravo tokiam duomenų naudojimui – kiekvieno pranešimo atsiuntimo atveju.

3. Valstybės narės imasi tinkamų priemonių, kuriomis būtų užtikrinta, kad tiesioginės rinkodaros tikslais siunčiami neprašyti pranešimai būtų draudžiami tais atvejais, kurie nenurodyti šio straipsnio 1 ir 2 dalyse, jeigu nėra gauta atitinkamų abonentų ar naudotojų sutikimo arba jeigu abonentai ar naudotojai nepageidauja jų gauti – šių galimybių pasirinkimas turi būtų numatytas nacionalinės teisės aktuose, atsižvelgiant į tai, kad abi galimybės abonentui ar paslaugos gavėjui turi būti nemokamos.

4. Bet kuriuo atveju draudžiama tiesioginės rinkodaros tikslais siųsti elektroninio pašto pranešimus slepiant siuntėjo, kurio vardu pranešimas siunčiamas, tapatybę, pažeidžiant [2000 m.

[8] Pagal Direktyvos 95/46 2 straipsnio h punktą „duomenų subjekto sutikimas“ reiškia „bet kurį savanoriškai ir žinomai duotą konkretų duomenų subjekto pareiškimą, kuriuo duomenų subjektas nurodo savo sutikimą, kad būtų tvarkomi su juo susiję duomenys“. Ši direktyva nuo 2018 m. gegužės 25 d. panaikinta 2016 m. balandžio 27 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentu (ES) 2016/679 dėl fizinių asmenų apsaugos tvarkant asmens duomenis ir dėl laisvo tokių duomenų judėjimo ir kuriuo panaikinama Direktyva 95/46/EB (Bendrasis duomenų apsaugos reglamentas) (OL L 119, 2016, p. 1; klaidų ištaisymai OL L 127, 2018, p. 2 ir OL L 74, 2021, p. 35), kurio 4 straipsnio 11 punkte duomenų subjekto „sutikimas“ apibrėžtas kaip „bet koks laisva valia duotas, konkretus ir nedviprasmiškas tinkamai informuoto duomenų subjekto valios išreiškimas pareiškimu arba vienareikšmiais veiksmais[,] kuriais jis sutinka, kad būtų tvarkomi su juo susiję asmens duomenys“. Pagal šio reglamento 94 straipsnio „Direktyvos [95/46] panaikinimas“ 2 dalį „[n]uorodos į panaikintą direktyvą laikomos nuorodomis į šį reglamentą“.

birželio 8 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2000/31/EB dėl kai kurių informacinės visuomenės paslaugų, ypač elektroninės komercijos, teisinių aspektų vidaus rinkoje (Elektroninės komercijos direktyva)[9]] 6 straipsnį, nenurodant galiojančio adreso, kuriuo gavėjas galėtų pareikalauti nutraukti tokių pranešimų siuntimą, arba kuriais gavėjai skatinami apsilankyti interneto svetainėse, kurios prieštarauja nurodytam straipsniui.

<…>“

2. Direktyva 2005/29

9. Direktyvos 2005/29/EB 17 konstatuojamojoje dalyje nustatyta:

„Siekiant didesnio teisinio tikrumo, pageidautina, kad būtų apibrėžta tokia komercinė veikla, kuri yra nesąžininga bet kuriomis aplinkybėmis. Todėl I priede pateikiamas išsamus visos tokios veiklos sąrašas. Tai yra vienintelė komercinė veikla, kurią galima laikyti nesąžininga nevertinant kiekvieno konkretaus atvejo, kaip numato šios direktyvos 5–9 straipsnio nuostatos. Sąrašą galima keisti tik peržiūrint šią direktyvą.“

10. Direktyvos 2005/29 5 straipsnyje nustatyta:

„1. Nesąžininga komercinė veikla draudžiama.

2. Komercinė veikla yra nesąžininga, jeigu:

a) prieštarauja profesinio atidumo reikalavimams

ir

b) iš esmės iškreipia arba gali iš esmės iškreipti vidutinio vartotojo, kurį produktas pasiekia arba kuriam yra skirtas, arba, kai komercinė veikla nukreipta į tam tikrą vartotojų grupę, vidutinio grupės nario ekonominį elgesį siūlomo produkto atžvilgiu.

<…>

4. Visų pirma nesąžininga komercinė veikla yra ta, kuri:

a) yra klaidinanti, kaip nurodyta šios direktyvos 6 ir 7 straipsnyje,

arba

b) yra agresyvi, kaip nurodyta šios direktyvos 8 ir 9 straipsnyje.

5. Tokios komercinės veiklos, kuri bet kuriomis aplinkybėmis laikoma nesąžininga, sąrašas pateikiamas I priede. Tas pats sąrašas galioja visose valstybėse narėse, ir jį galima keisti tik peržiūrint šią direktyvą.“

[9] OL L 178, 2000, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 25 t., p. 399.

11. Direktyvos 2005/29 8 straipsnyje numatyta:

„Komercinė veikla laikoma agresyvia, jeigu toje faktinėje situacijoje, atsižvelgiant į visus jos ypatumus ir aplinkybes, ji priekabiavimu, prievarta, įskaitant fizinės jėgos panaudojimą arba pernelyg didelę įtaką, žymiai apriboja arba gali žymiai apriboti vidutinio vartotojo pasirinkimo laisvę arba elgesį produkto atžvilgiu, ir tuo vidutinis vartotojas skatinamas arba gali būti paskatintas priimti tokį sprendimą dėl sandorio, kurio jis kitomis aplinkybėms nebūtų priėmęs.“

12. Šios direktyvos I priede pateiktas „[k]omercinės veiklos, kuri bet kuriomis aplinkybėmis laikoma nesąžininga“, sąrašas. 26 punkte kaip viena iš „agresyvių komercinių veiklų“ nurodytas „[a]tkaklus ir nepageidaujamas raginimas telefonu, faksu, elektroniniu paštu ar kitomis nuotolinio ryšio priemonėmis, išskyrus tomis aplinkybėmis ir tiek, kiek tai leidžiama pagal nacionalinę teisę siekiant užtikrinti sutartinės prievolės vykdymą. Tai nepažeidžia <…> [direktyvų 95/46 ir 2002/58.“

B. Vokietijos teisė

13. Pagrindinei bylai taikytinos redakcijos 2004 m. liepos 3 d. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Kovos su nesąžininga konkurencija įstatymas) [10] 3 straipsnio 1 ir 2 dalyse nustatyta:

„(1) Nesąžininga komercinė veikla draudžiama.

(2) Komercinė veikla, nukreipta į vartotojus arba juos pasiekianti, laikoma nesąžininga, jeigu neatitinka verslininkams keliamų atidumo reikalavimų ir gali daryti didelę įtaką vartotojo ekonominiam elgesiui.“

14. UWG 5a straipsnio 6 dalyje numatyta:

„Nesąžiningai <…> veikia tas, kuris nenurodo tikrojo veiklos komercinio tikslo, jeigu jis ir taip nėra aiškus iš konteksto ir jeigu nenurodžius tokios informacijos vartotojas gali būti paskatintas priimti tokį sprendimą dėl sandorio, kurio kitomis aplinkybėms nebūtų priėmęs.“

15. UWG 7 straipsnio 1 ir 2 dalys suformuluotos taip:

„(1) Draudžiama komercinė veikla, kuria nepriimtinai trukdoma rinkos dalyviui. Visų pirma tai taikoma reklamai, kuri skelbiama, nepaisant to, kad akivaizdu, jog rinkos dalyvis, kuriam ji skirta, to nepageidauja.

(2) Nepriimtinas trukdymas visada turi būti preziumuojamas šiais atvejais:

1) kai naudojantis šios nuostatos 2 ir 3 punktuose nenurodyta nuotolinei prekybai tinkama komercinio ryšio priemone rodoma reklama, kuria įkyriai kreipiamasi į vartotoją, nors jis akivaizdžiai to nenori;

<…>

3) kai adresatui be jo išankstinio aiškaus sutikimo automatiniais skambinimo aparatais, faksu ar el. paštu teikiama reklama; arba

[10] *BGBl.* 2004 I, p. 1414, toliau – UWG.

4) kai reklama teikiama pranešimu:

a) išsiųstu slepiant siuntėjo, kurio vardu pranešimas siunčiamas, tapatybę <…>

<…>“

16. UWG 8 straipsnyje nurodyta:

„(1) Asmeniui, kuris atlieka pagal 3 arba 7 straipsnius neteisėtus komercinius veiksmus, gali būti pareikštas reikalavimas ištaisyti pažeidimą, o pakartotinio pažeidimo grėsmės atveju – reikalavimas nutraukti veiksmus. Teisė prašyti nutraukti veiksmus atsiranda jau tuomet, kai kyla tokių veiksmų, kuriais pažeidžiamas 3 arba 7 straipsnis, grėsmė.

(2) Jei pažeidimus įmonėje padaro darbuotojas ar kitas įgaliotasis asmuo, pagrįsta reikšti reikalavimą nutraukti veiksmus ir reikalavimą ištaisyti pažeidimą ir įmonės savininkui.

(3) 1 dalyje nurodytus reikalavimus gali pareikšti:

1) bet kuris konkurentas;

<…>“

III. Pagrindinė byla ir prejudiciniai klausimai

17. *StWL* ir *eprimo* yra du konkuruojantys elektros energijos tiekėjai. *Eprimo* prašymu reklamos agentūra *Interactive Media* platino reklamą į nemokamos el. pašto paslaugos *T-Online* naudotojų el. pašto dėžutes.

18. *T-Online* naudotojo asmeninėje el. laiškų dėžutėje, tiksliau tariant, gautų laiškų aplanke, t. y. skyriuje, kuriame pateikiamas gautų elektroninių laiškų sąrašas, pasirodė reklaminiai pranešimai, juos įterpiant tarp gautų elektroninių laiškų, kuriuose skelbta, kad naudodamiesi *eprimo* paslaugomis „daugiau sutaupysite“. Kitaip nei šių elektroninių laiškų atveju, reklama, pažymėta žodžiu „skelbimas“, buvo pilkos spalvos ir nebuvo nurodyta nei data, nei siuntėjas, ji negalėjo būti išsaugota archyve ar persiųsta, taip pat nebuvo galima į ją atsakyti el. pašto paslaugos teikėjo numatytomis elektroninių laiškų tvarkymo priemonėmis. Be to, ji nebuvo įtraukta į neperskaitytų elektroninių laiškų skaičių ir neužėmė vietos gautų laiškų aplanko saugykloje. 2016 m. gruodžio 20 d. šis naudotojas išsiuntė *eprimo* įspėjimą dėl 2016 m. gruodžio 12 d. reklamos ir taip aiškiai išreiškė tiekėjui *eprimo* savo valią negauti tokios reklamos. Vis dėlto tokio pat pobūdžio reklamos jo gautų laiškų aplanke pasirodė 2017 m. sausio 13 ir 15 d.

19. Pagrindinėje byloje nagrinėjami reklaminiai pranešimai rodomi atsitiktine tvarka atrinktų el. pašto paslaugos naudotojų gautų laiškų aplanke. Atvėrus interneto svetainę, susietą su el. pašto paskyra, į reklamos serverį siunčiama užklausa (*AdRequest*), iš kurio vėliau išsiunčiami atitinkami parametrai į naudotojo interneto naršyklę, kad šios paskyros gautų laiškų aplanke būtų parodyta atsitiktine tvarka atrinkta reklamjuostė. Jei šis naudotojas spusteli rodomą reklamą, ši įvestis perduodama į reklamos serverį, kuriame protokoluojamas spustelėjimas, ir naršyklė nukreipiama į reklamos teikėjo svetainę.

20. *StWL*, kurios nuomone, tokiu reklamos metodu pažeidžiama konkurencijos teisė, nes jį taikant nepriimtinai trukdoma ir klaidinama, kreipėsi į *Landgericht Nürnberg-Fürth* (Niurnbergo-Fiurto apygardos teismas, Vokietija); šis nurodė *eprimo* vykdant verslą nebesiųsti su elektros energijos paskirstymu galutiniams vartotojams susijusios reklamos konkurencijos tikslais *T-Online* el. pašto paskyroje.

21. *Oberlandesgericht Nürnberg* (Niurnbergo aukštesnysis apygardos teismas, Vokietija) pripažino, kad *eprimo* pateiktas apeliacinis skundas yra pagrįstas, nes, šio teismo nuomone, konkurencijos teisės požiūriu ginčijamas reklamos skelbimas el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke nėra neteisėti komerciniai veiksmai.

22. *Oberlandesgericht Nürnberg* (Niurnbergo aukštesnysis apygardos teismas) nusprendė, pirma, kad nagrinėjama reklama nėra nepriimtinas trukdymas naudojantis elektroniniu paštu, kaip tai suprantama pagal UWG 7 straipsnio 2 dalies 3 punktą, nes ši reklama negalėjo būti laikoma elektroniniu laišku, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą. Bet kuriuo atveju minėta reklama el. pašto paslaugos naudotojui nesukėlė nepatogumų ar išlaidų, kurie trukdytų labiau, nei „įprastai“ trukdo bet kokia reklama, taigi nesukėlė nepriimtino trukdymo, kaip tai suprantama pagal UWG 7 straipsnio 1 dalies pirmo sakinyje įtvirtintą bendrąją nuostatą, be kita ko, atsižvelgiant į tai, kad el. pašto paslauga yra nemokama.

23. Antra, šis teismas nusprendė, kad nagrinėjama reklama nėra draudžiama pagal UWG 7 straipsnio 2 dalies 4 punkto a papunktį, nes tai nėra pranešimų forma teikiama reklama. UWG 7 straipsnio 2 dalies 1 punktas taip pat netaikytinas, nes tam reikalingas „raginimas“, suprantamas kaip vartotojui įkyrus elgesys, kuriuo šiuo atveju nėra. Galiausiai nagrinėjami pranešimai negalėjo būti laikomi nesąžiningais, motyvuojant tuo, kad jie buvo klaidinantys, kaip tai suprantama pagal UWG 5a straipsnio 6 dalį, nes nebuvo slepiamas jų reklaminis pobūdis.

24. Gavęs *StWL* kasacinį skundą *Bundesgerichtshof* (Aukščiausiasis Federalinis Teismas, Vokietija) nusprendė, kad jo atsakymas į klausimą, ar reikia pripažinti teisę reikalauti nutraukti nagrinėjamus veiksmus, priklauso nuo to, kaip aiškinami Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos d ir h punktai bei 13 straipsnio 1 dalis, Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktas ir sąvokos „elektroninis paštas“, „naudojimas“ ir „raginimas“.

25. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nuomone, veiksmai, dėl kurių kritikuojama *eprimo*, galėtų būti draudžiami pagal UWG 7 straipsnio 2 dalies 3 punktą, kuriuo į nacionalinę teisę perkelta Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis. Jis nurodė, jog taip pat gali būti, kad reklama galėtų būti draudžiama pagal UWG 7 straipsnio 2 dalies 1 punktą, kuriuo perkeltas Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktas.

26. Pirmiausia dėl dalies, susijusios su UWG 7 straipsnio 2 dalies 3 punkto, kuriuo perkelta Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikę teismas prašo, kad Teisingumo Teismas išaiškintų „elektroninio pašto“ ir pastarojo „naudojimo“ tiesioginės rinkodaros tikslais sąvokas.

27. Siekdamas nustatyti, ar nagrinėjama reklama patenka į „elektroninio pašto“ sąvoką, šis teismas konstatuoja, pirma, kad pranešimas, reklaminio serverio operatoriaus tikruoju laiku išsiųstas į el. pašto paskyros gautų laiškų aplanką naudotojui prisijungus ir atvėrus šią interneto svetainę ir rodomas minėtoje svetainėje, kurioje šis naudotojas galėjo su juo susipažinti, yra „pranešimas“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos d punktą. Jis taip pat

mano, kad reikia patikrinti, ar toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, gali būti laikomas „elektroniniu paštu“, kaip tai suprantama pagal šios direktyvos 2 straipsnio antros pastraipos h punktą.

28. Atsižvelgdamas į tai, jis kelia klausimą dėl šioje nuostatoje nurodyto pranešimo siuntimo kriterijaus. Gautų laiškų aplanke rodomos reklamos elektroninio pašto paskyros naudotojas nepersiunčia kitam naudotojui, ją rodo reklaminiai serveriai prisijungus prie elektroninio pašto paskyros tam tikrose šiuo tikslu atsitiktine tvarka atrinkto naudotojo gautų laiškų aplanko vietose. Taigi taikant įprasto elektroninio laiško kriterijus pranešimo „siuntimo“ gali nebūti, todėl šiame gautų laiškų aplanke pasirodanti reklama negalėtų būti laikoma „elektroniniu paštu“. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kelia klausimą, ar Direktyvos 2002/58 40 konstatuojamojoje dalyje nurodytas naudotojo privatumo apsaugos tikslas, kurio siekiama 13 straipsnio 1 dalimi, galėtų pagrįsti funkcinį, o ne techninį požiūrį į „siuntimo“ apibrėžtį, ar ne. Remiantis šiuo tikslu galėtų būti pagrįsta sąvoką „siuntimas“ aiškinti remiantis ne įprastomis elektroninio ryšio formomis, kai tam tikras naudotojas siunčia pranešimą kitam iš anksto numatytam naudotojui, bet atsižvelgiant į funkciją, t. y. platinimą.

29. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kelia klausimą dėl Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punkte nurodytos sąvokos „paėmimas [atsidarymas]“. Nacionalinis teismas paaiškina, kad iš šios nuostatos, siejamos su šios direktyvos 27 konstatuojamąja dalimi [11], galima būtų spręsti, kad apie pranešimo atsidarymą galima kalbėti tik su sąlyga, kad tai yra sąmoningas adresato, kuris prisijungdamas prie el. pašto paskyros išreiškia savo valią, kad jam būtų rodomi ir persiunčiami elektroniniai laiškai, saugomi el. pašto paslaugos serveryje, veiksmas, o nagrinėjamos reklamos, kuri saugoma ją platinančios bendrovės valdomame reklaminiame serveryje, atveju naudotojas turi tik prisijungti prie el. pašto paslaugos, kad tikruoju laiku būtų rodoma reklamjuostė, ir internautas šio proceso net nepastebi ir negali priimti valia pagrįsto sprendimo sutikti su reklamos rodymu ar jo atsisakyti. Apibendrinant pažymėtina, kad Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punkte nurodytas atsidarymas suponuoja naudotojo veiksmą siekiant perduoti pranešimą paprastai iš paslaugų teikėjo serverio. Vis dėlto minėtas teismas mano, kad pagal
Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį reikalaujama apsaugoti naudotoją nuo neužsakytų rinkodaros pranešimų, taigi laikytis pozicijos, kad pakanka prisijungti prie el. pašto paskyros internete, kad būtų atliktas galutinis atsidarymo veiksmas.

30. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad iki įterpimo gautų laiškų aplanke, kuris atliekamas prisijungus, reklama, dėl kurios kilo ginčas, buvo saugoma reklaminiame serveryje, taigi tinkle. Anot jo, remiantis Direktyvos 2002/58 27 konstatuojamąja dalimi negalima teigti, kad elektroninis paštas apima tik paties paslaugų teikėjo serveryje saugomus pranešimus.

31. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat kelia klausimą, ar apie „elektroninį paštą“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį, galima kalbėti, kai pranešimas nėra perduodamas individualiam gavėjui, konkrečiai nustatytam dar iki pranešimo perdavimo, bet, kaip šiuo atveju, rodomas atsitiktinai. Šiuo klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad reklama, dėl kurios kilo ginčas, buvo atsitiktine tvarka rodoma nemokamos el. pašto paslaugos klientams, nesant galimybės iš anksto susisiekti dėl kliento sutikimo gavimo. Vis dėlto jis mano, kad remiantis šioje nuostatoje

[11] Pagal šią konstatuojamąją dalį „[p]ranešimo perdavimo pabaigos tikslus momentas, po kurio būtina sunaikinti srauto duomenis, išskyrus tuos, kurie reikalingi sąskait[oms] pateik[ti], gali priklausyti nuo teikiamos elektroninių ryšių paslaugos pobūdžio. Pavyzdžiui, <…> [e]lektroninio pašto perdavimas baigiamas, kai gavėjas parsisiųsdina [atsidaro] pranešimą, paprastai iš paslaugos teikėjo serverio“.

nustatytu reikalavimu dėl išankstinio sutikimo negalima daryti išvados, kad visos tiesioginės rinkodaros ryšių tinklais formos yra leidžiamos, kai dėl reklamuotojo naudojamų techninių priemonių iki reklamos parodymo negali būti gautas el. pašto paslaugos naudotojų sutikimas.

32. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad sąvoka elektroninio pašto „naudojimas“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį, turi būti apibrėžta, ir kelia klausimą, ar naudotojui sukelto „nepatogumo“ [12] poveikis turi būti didesnis negu suerzinimas, kad jį apimtų ši sąvoka. Šiuo klausimu jis konstatuoja, kad atsižvelgiant į tai, jog nagrinėjama reklama atrodo kaip elektroninis laiškas, todėl yra labiau matoma nei reklama, rodoma kitur nei gautų laiškų aplanke, ji trukdo labiau nei reklama, rodoma gautų laiškų aplanko pakraštyje, ir kad šiomis aplinkybėmis naudotojų privatumo apsaugos tikslas galėtų būti nepasiektas.

33. Antra, dėl dalies, susijusios su UWG 7 straipsnio 2 dalies 1 punkto, kuriuo perkeltas Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktas, taikymu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad reikia išaiškinti „raginimo“, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą, kriterijus. Šis teismas mano, kad raginimo nėra, kai pranešimas skirtas plačiajai visuomenei. Priešingai, jis suponuoja esant tikslingai į konkretų klientą nukreiptą reklamą. Atsižvelgdamas į tai, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kelia klausimą, ar apie tikslingą individualią raginimo kriterijus atitinkančią reklamą galima kalbėti tik tuomet, kai su klientu susisiekiama paprastai individualiam ryšiui tarp siuntėjo ir gavėjo užmegzti skirta priemone, kaip antai telefonu, faksu ar elektroniniu paštu, o gal pakanka, kad, kaip šioje byloje, ryšys su naudotoju būtų užmegztas rodant reklamą el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke, t. y. tokioje vietoje, kurioje klientas tikisi rasti jam individualiai skirtus pranešimus.

34. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad atsižvelgiant į tai, jog šiame gautų laiškų aplanke įterpta reklama erzina naudotoją labiau nei įprastos reklamjuostės, kurios rodomos tam skirtose tinklavietės vietose, ji nėra tokio paties individualaus pobūdžio, todėl tikėtina, kad pagal Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktą siekiamas tikslas gali būti nepasiektas.

35. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad įvykdytos kitos pagal šią nuostatą draudžiamos veiklos sąlygos. Šiuo klausimu jis pažymi, kad į el. pašto paslaugos naudotojo paskyros gautų laiškų aplanką įterpta reklama jis buvo ragintas iš viso tris kartus, t. y. pakartotinai, taigi atkakliai. Tokia reklama buvo nepageidaujama, nes šis naudotojas aiškiai nurodė *eprimo* nenorintis gauti tokių reklaminių pranešimų, kaip nagrinėjami pagrindinėje byloje.

36. Šiomis aplinkybėmis *Bundesgerichtshof* (Aukščiausiasis Federalinis Teismas) nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui tokius prejudicinius klausimus:

„1. Ar įvykdyti „siuntimo“ sąvokai pagal Direktyvos [2002/58] 2 straipsnio [antros pastraipos] h punktą keliami reikalavimai, jei pranešimą kitam naudotojui jo elektroniniu „adresu“ siunčia ne elektroninių ryšių paslaugų naudotojas, naudodamasis paslaugų teikimo įmone, bet, prisijungus prie slaptažodžiu apsaugotos el. pašto paskyros tinklavietės, reklamos serveriai automatiškai rodo pranešimą tam tikrose atsitiktine tvarka atrinkto naudotojo el. pašto gautų laiškų aplanko vietose (reklama gautų laiškų aplanke)?

[12] Žr. Direktyvos 2002/58 40 konstatuojamąją dalį.

2. Ar apie pranešimo atidarymą pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio [antros pastraipos] h punktą galima kalbėti tik su sąlyga, kad gavėjas, sužinojęs, jog gavo pranešimą, norėdamas jį atsidaryti savo iniciatyva aktyvuoja užprogramuotą pranešimo duomenų perdavimą, o gal pakanka, kad pranešimas pasirodytų el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke, kai naudotojas prisijungia prie slaptažodžiu apsaugotos savo el. pašto paskyros tinklavietės?

3. Ar apie elektroninį paštą pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį galima kalbėti ir tuo atveju, kai pranešimas nėra siunčiamas dar prieš pranešimo perdavimą konkrečiai nustatytam individualiam gavėjui, bet rodomas atsitiktine tvarka atrinkto naudotojo gautų laiškų aplanke?

4. Ar laikoma, kad elektroninis paštas tiesioginės rinkodaros tikslais pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį naudojamas tik tuomet, kai konstatuojama, jog naudotojui pranešimai sukelia nepatogumų, kurių poveikis didesnis negu suerzinimo?

5. Ar apie individualią reklamą, atitinkančią „raginimui“ keliamus reikalavimus pagal Direktyvos [2005/29] I priedo 26 punkto pirmą sakinį, galima kalbėti tik tuomet, kai su klientu susisiekiama naudojantis įprasta individualiai komunikacijai tarp siuntėjo ir gavėjo skirta priemone, o gal pakanka, kad (kaip šioje byloje aptariamos reklamos atveju) individualus ryšys būtų užmegztas parodant reklamą asmeninės el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke, t. y. tokioje vietoje, kurioje klientas tikisi gauti jam individualiai skirtus pranešimus?“

37. Rašytines pastabas pateikė *Interactive Media*, *eprimo*, Portugalijos vyriausybė ir Europos Komisija. *StWL*, *Interactive Media*, *eprimo* ir Komisija per nustatytą terminą raštu pateikė atsakymus į Teisingumo Teismo pateiktus klausimus.

IV. Analizė

38. Šiame prašyme priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo prašoma priimti sprendimą dėl to, ar tokia praktika, kai reklaminiai pranešimai rodomi nemokamai teikiamos el. pašto paslaugos, kuri finansuojama iš reklamuotojų apmokamos reklamos, naudotojo gautų laiškų aplanke, gali būti laikoma suderinama su atitinkamomis direktyvų 2002/58 ir 2005/29 nuostatomis ir kokiomis sąlygomis.

39. Kaip matyti iš Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punkto „[a]tkaklus ir nepageidaujamas raginimas telefonu, faksu, elektroniniu paštu ar kitomis nuotolinio ryšio priemonėmis, išskyrus tomis aplinkybėmis ir tiek, kiek tai leidžiama pagal nacionalinę teisę siekiant užtikrinti sutartinės prievolės vykdymą“, draudžiamas nedarant poveikio taisyklėms, be kita ko, nustatytoms Direktyvoje 2002/58. Kaip Teisingumo Teismui siūlo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, iš eilės nagrinėsiu klausimus dėl Direktyvos 2002/58 ir Direktyvos 2005/29 išaiškinimo.

A. Dėl reikšmingų Direktyvos 2002/58 nuostatų išaiškinimo

40. *Pirmuoju ir antruoju* prejudiciniais klausimais prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės prašo Teisingumo Teismo nuspręsti, ar kriterijai, kuriais remiantis apibrėžiamas „elektroninis paštas“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punktą, yra įvykdyti tuo atveju, kai reklaminis pranešimas rodomas el. pašto paslaugos naudotojo paskyros gautų laiškų aplanke. Tiksliau tariant, jis klausia, ar pranešimas gali būti laikomas „nusiųstu“, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą, jei pranešimas kitam naudotojui

jo elektroniniu „adresu“ ne siunčiamas šio naudotojo, pasitelkus paslaugų teikėją, bet automatiškai rodomas prisijungus prie apsaugotos el. pašto paskyros tinklavietės atsitiktine tvarka atrinkto naudotojo gautų laiškų aplanke. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat klausia, ar tam, kad pranešimas galėtų būti laikomas „paimtu [atidarytu]“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punktą, reikia, kad gavėjas savo iniciatyva aktyvuotų nagrinėjamo pranešimo duomenų perdavimą, o gal pakanka, kad šis pranešimas pasirodytų gautų laiškų aplanke prisijungtus prie apsaugotos el. pašto paskyros tinklavietės.

41. *Trečiuoju ir ketvirtuoju* klausimais prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas prašo išaiškinti sąvoką „<…> elektronin[io] pašt[o] [naudojimas] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį. Tiksliau tariant, trečiuoju klausimu jis siekia išsiaiškinti, ar pagal šią nuostatą galima kalbėti apie „elektroninį paštą“, kai pranešimas nėra siunčiamas prieš pranešimo perdavimą nustatytam individualiam gavėjui, bet rodomas atsitiktine tvarka atrinkto naudotojo gautų laiškų aplanke. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teiraujasi, ar apie „<…> elektronin[io] pašt[o] [naudojimą] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį“, galima kalbėti tik tada, kai konstatuojama, kad naudotojui pranešimas sukelia nepatogumų, kurių poveikis didesnis negu suerzinimo.

42. Pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punktą elektroninis paštas apibrėžtas kaip „tekstinis, balso, garso ar vaizdo pranešimas“. Dėl šio apibrėžties elemento nekyla diskusijų šioje byloje ir toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, tikrai pasižymi tokiu elementu.

43. Vis dėlto turi būti įvykdyti kiti trys kriterijai, kad pagal šią nuostatą pranešimas galėtų būti laikomas „elektroniniu paštu“. Pirma, pranešimas turi būti „nusiųstas viešuoju ryšių tinklu“. Antra, šį pranešimą turi būti galima „saugo[ti] tinkle arba gavėjo galiniame įrenginyje“. Trečia, minėto pranešimo gavėjas turi galėti jį atsidaryti.

44. Dėl klausimo, ar toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, visiškai, ar tik iš dalies atitinka šiuos tris kriterijus, egzistuoja du priešingi požiūriai.

45. Remiantis *eprimo* ir *Interactive Media* požiūriu, kuriuo prieštaraujama reklaminio pranešimo kvalifikavimui kaip elektroninio pašto, toks atsitiktine tvarka el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke rodomas pranešimas negali būti laikomas nusiųstu, saugomu ir atidarytu, kaip to reikalaujama pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punktą. Šiam požiūriui pagrįsti pateikti argumentai grindžiami mintimi, kad toks pranešimas neturi įprastam elektroniniam laiškui būdingų požymių. Pirma, jis yra ne vieno naudotojo siunčiamas kitam, o laikinai ir automatiškai rodomas atsitiktinai atrinktų naudotojų gautų laiškų aplanke. Antra, toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, nėra saugomas tinkle arba gavėjo galiniame įrenginyje. Trečia, šio pranešimo jo gavėjas neatsidaro, nes tam reikėtų gavėjo iniciatyva atliekamų veiksmų, kuriais siekiama susipažinti su konkrečiu pranešimu jį pasirenkant.

46. Požiūris, kad toks, kaip pagrindinėje byloje nagrinėjamas, reklaminis pranešimas turėtų būti laikomas „elektroniniu paštu“, kuriam pritaria prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas ir iš dalies Portugalijos vyriausybė, grindžiamas būtinybe taikyti funkcinį „elektroninio pašto“ sąvokos aiškinimą, kad būtų pasiektas el. pašto paslaugų naudotojų privatumo apsaugos tikslas. Remiantis tokiu aiškinimu, kiekvienas šios sąvokos kriterijus turi būti vertinamas lanksčiai. Taigi el. pašto paslaugos naudotojo paskyroje platinamas ir rodomas reklaminis

pranešimas, neatsižvelgiant į naudojamą technologiją, turėtų būti laikomas jam „nusiųst[u] viešuoju ryšių tinklu“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punktą. Pakanka to, kad šis pranešimas yra saugomas reklaminiame serveryje, o ne gavėjo galiniame įrenginyje, nes galima manyti, kad kalbama apie saugojimą „tinkle“, kaip tai suprantama pagal tą pačią nuostatą. Be to, toks pranešimas, kuris rodomas prisijungus prie el. pašto paskyros tinklavietės, turėtų būti laikomas atidarytu, kaip to reikalaujama pagal minėtą nuostatą. Dėl pastarojo aspekto Portugalijos vyriausybės argumentai labiau diferencijuoti, nes ji mano, kad tokios paskyros gautų laiškų aplanke rodomo reklaminio pranešimo jo gavėjas negali atidaryti. Vis dėlto atsižvelgiant į tai, kad šis pranešimas ir toliau saugomas tinkle, to pakaktų, kad jis būtų laikomas „elektroniniu laišku“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punktą.

47. Atsižvelgdamas į – dažnai techninio pobūdžio – argumentus, nurodytus kiekvienam iš šių požiūrių pagrįsti, esu linkęs pritarti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nurodytiems argumentams dėl „elektroninio pašto“ sąvokos funkcinio aiškinimo, kuriuo remiantis galima teigti, kad toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, atitinka Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos h punkte numatytus kriterijus.

48. Bet kuriuo atveju manau, kad ši sąvoka turi būti aiškinama ne atskirai, bet atsižvelgiant į nuostatą, kurioje ji panaudota, t. y. šiuo atveju – į Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį. Šiuo požiūriu pritariu *StWL* ir Komisijos nuomonei, kad nagrinėjamoje byloje svarbu išaiškinti sąvoką „[n]audoti <…> elektroninį paštą tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą. Taigi atlikdamas analizę visų pirma dėmesį sutelksiu į minėtos nuostatos aiškinimą, atsižvelgiant į jos formuluotę, tikslą ir būtinybę užtikrinti jos veiksmingumą.

49. Šiuo klausimu reikia pažymėti, kad Direktyvos 2002/58 13 straipsnis pavadintas „Neprašyti pranešimai“. Remiantis šios direktyvos 2 straipsnio antros pastraipos d punkte pateikta sąvokos „pranešimas“ apibrėžtimi, minėtos direktyvos 13 straipsnis taikomas „informacija[i], kuria apsikeičiama arba kuri perduodama tarp baigtinio skaičiaus šalių, naudojantis viešai prieinamomis elektroninių ryšių paslaugomis“.

50. Jei pranešimui taikoma Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis, jis leistinas tik iš anksto gavus jo gavėjo sutikimą. Remiantis Direktyvos 2002/58 2 straipsnio antros pastraipos f punktu, siejamu su Reglamento 2016/679 94 straipsnio 2 dalimi, matyti, kad šis sutikimas turi atitikti Direktyvos 95/46 2 straipsnio h punkte arba šio reglamento 4 straipsnio 11 punkte nustatytus reikalavimus, atsižvelgiant į tai, kuri iš šių normų taikoma *ratione temporis* pagrindinės bylos aplinkybėms. Kalbant apie reikalavimą nutraukti neteisėtus komercinius veiksmus, negalima atmesti galimybės, kad tuo atveju, kai *StWL* pareikštu ieškiniu būtų reikalaujama nutraukti *eprimo* veiksmus ateityje, Reglamentas 2016/679 būtų taikomas *ratione temporis* nagrinėjant ginčą pagrindinėje byloje, neatsižvelgiant į tai, kad aplinkybės, dėl kurių kilo šis ginčas, susiklostė iki 2018 m. gegužės 25 d., t. y. šio reglamento taikymo pradžios, o Direktyva 95/46 buvo panaikinta

nuo tos pačios dienos [13]. Darytina išvada, kad turi būti bent informacija pagrįstas konkretus laisvos valios pareiškimas [14].

51. Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalyje nurodyta, kokio pobūdžio pranešimams taikomas reikalavimas dėl išankstinio jų gavėjų sutikimo. Pirma, tai pranešimai tiesioginės rinkodaros tikslais, t. y. komerciniai pranešimai, kurie tiesiogiai ir individualiai skirti el. pašto paslaugų naudotojams. Antra, šie pranešimai jiems turi būti siunčiami „[n]audojant automatinio skambinimo ir ryšių sistemas be žmogaus įsiterpimo (skambinimo automatus), faksimilinius aparatus (faksus) ar elektroninį paštą“.

52. Taigi Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis netaikoma bendrai reklaminiams langeliams, kurie gali pasirodyti naršant tinklavietėse. Ši nuostata taikoma tik tiesioginės rinkodaros pranešimams, kurie tiesiogiai ir individualiai pasiekia jų gavėjus, naudojant tam tikras elektroninio ryšio priemones, pavyzdžiui, elektroninį paštą [15].

53. Dabartinė Direktyvos 2002/58 13 straipsnio redakcija įtvirtinta Direktyvoje 2009/136, jos 67 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „[a]psaugos priemonės, kuriomis siekiama apsaugoti abonentų privatumą nuo elektroniniu paštu siunčiamų nepageidaujamų pranešimų, naudojamų tiesioginės rinkodaros tikslais, *taip pat taikomos SMS, MMS ir kitoms panašioms taikomosioms programoms*“ [16]. Taigi Sąjungos teisės aktų leidėjas norėjo įtvirtinti plačią elektroninių ryšių priemonių, kuriomis vykdoma tiesioginė rinkodara, sampratą, kuri apima ne tik elektroninius laiškus. Ši plati samprata taip pat išreikšta Direktyvos 2002/58 40 konstatuojamojoje dalyje, kurioje nurodyta, kad „[a]bonentus būtina apsaugoti nuo privatumo pažeidimų per gaunamus neužsakytus pranešimus tiesioginės rinkodaros tikslais, *ypač* siunčiamus automatiniais skambinimo automatais, telefaksais ir elektroniniu paštu, įskaitant ir SMS žinutes“ [17], o tai leidžia manyti ne tik tai, kad elektroninis paštas nėra vien elektroniniai laiškai, bet ir tai, kad ryšio priemonių sąrašas nėra baigtinis. Teisės aktų leidėjo norą aprėpti platų tiesioginės rinkodaros pranešimų spektrą taip pat patvirtina Direktyvos 2002/58 4 konstatuojamoji dalis, kurioje patvirtintas tikslas „užtikrint[i] vienod[ą] asmens duomenų ir privatumo apsaugos lyg[į] visiems viešųjų elektroninių ryšių paslaugų naudotojams, *nepaisant to, kokia technologija būtų taikoma*“ [18]. Siekiant šio tikslo reikia vadovautis dinamiška ir technologiniu požiūriu neutralia Direktyvoje 2002/58 pateiktų sąvokų samprata.

54. Nesvarbu, kokios apimties tiesioginės rinkodaros tikslais naudojamos ryšio priemonės patektų į Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies taikymo sritį, manau, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamu atveju lemiamą reikšmę turi tai, kad pagrindinėje byloje nagrinėjami reklaminiai pranešimai jų gavėjus pasiekė būtent *naudojant* elektroniniu paštą. Kaip ir Komisija, pažymiu,

[13] Šiuo klausimu žr. 2019 m. spalio 1 d. Sprendimą *Planet49* (C-673/17, EU:C:2019:801, 38–43 punktai) ir generalinio advokato M. Szpunar išvadą byloje *Planet49* (C-673/17, EU:C:2019:246, 44–49 punktai). Taip pat žr. 2020 m. lapkričio 11 d. Sprendimą *Orange Romania* (C-61/19, EU:C:2020:901, 28–32 punktai).

[14] Kaip Teisingumo Teismas nurodė savo 2020 m. lapkričio 11 d. Sprendime *Orange Romania* (C-61/19, EU:C:2020:901), „[Reglamento 2016/679] 4 straipsnio 11 punkto formuluotė, kuri apibrėžia „duomenų subjekto sutikimą“ <…> šio reglamento <…> taikymo tikslais, atrodo dar griežtesnė nei Direktyvos 95/46 2 straipsnio h punkto formuluotė, nes pagal ją reikalaujama, kad „laisva valia duotas, konkretus ir nedviprasmiškas tinkamai informuoto“ duomenų subjekto sutikimas būtų duotas pareiškimu arba „vienareikšmiais veiksmais“, kuriais jis sutinka, kad būtų tvarkomi su juo susiję asmens duomenys. Taigi nuo šiol [minėtame] reglamente aiškiai numatytas aktyvus sutikimas“ (36 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

[15] Šiuo klausimu, kaip matyti iš 2019 m. birželio 13 d. Sprendimo *Google* (C-193/18, EU:C:2019:498), neturi reikšmės tai, kad pati internete teikiama elektroninio pašto paslauga nėra „elektroninių ryšių paslauga“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/21, iš dalies pakeistos 2009 m. lapkričio 25 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/140/EB (OL L 337, 2009, p. 37) 2 straipsnio c punktą, nes ji visa ar didžiąja dalimi nesusideda iš signalų perdavimo elektroninių ryšių tinklais.

[16] Išskirta mano.

[17] Išskirta mano.

[18] Išskirta mano.

kad šie pranešimai pasirodo el. pašto paslaugos naudotojo paskyros gautų laiškų aplanke, t. y. vietoje, kuri paprastai skirta elektroniniam paštui *stricto sensu*, kurį sudaro asmeniniai elektroniniai laiškai. Taigi minėtų pranešimų siuntėjas naudojasi elektroniniu paštu, kad pasiektų vartotoją, todėl tai tikrai yra tiesioginės rinkodaros pranešimai „[siunčiami] elektroniniu paštu“, kaip nurodyta Direktyvos 2009/136 67 konstatuojamojoje dalyje, į kurią atsižvelgiant turi būti aiškinama Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis. Taigi manau, kad tokių, kaip pagrindinėje byloje nagrinėjamų, pranešimų rodymas asmeninių elektroninių laiškų sąraše turi būti laikomas elektroninio pašto *naudojimu* tiesioginės rinkodaros tikslais, patenkančiu į Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies taikymo sritį.

55. Dėl reklamos vietos el. pašto paslaugos naudotojo paskyros gautų laiškų aplanke taikant tokią reklaminę praktiką, dėl kurios kilo ginčas, gali būti tiesiogiai ir individualiai pasiekiama šio naudotojo privati sritis – toks gautų laiškų aplankas, prie kurio prieiga yra apsaugota slaptažodžiu, ir tai daroma taip veiksmingai, kad, mano nuomone, tokį veiksmingumą galima palyginti su nepageidaujamų elektroninių laiškų (brukalų) veiksmingumu. Reklamos, dėl kurios kilo ginčas, vieta gautų laiškų aplanke pasirinkta neatsitiktinai ir Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies taikymo požiūriu tai yra svarbus skirtumas, palyginti su reklamjuostėmis, kurios rodomos pakraštyje ir atskirai nuo asmeninių elektroninių laiškų sąrašo. Dėl to, kad reklama, dėl kurios kilo ginčas, rodoma kartu su asmeniniais elektroniniais laiškais, jai faktiškai skiriamas toks pat dėmesys, kokį naudotojas skiria šiems laiškams. Kaip teisingai pažymi Komisija, tokiu atveju prie šios reklamos platinimo prisidedantys ekonominės veiklos vykdytojai naudojasi gautų asmeninių elektroninių laiškų aplanku ir el. pašto paslaugos naudotojų rodomu domėjimusi šiuo gautų laiškų aplanku ir pasitikėjimu juo, savo reklaminiams pranešimams suteikdami pavidalą, kuris, nepaisant kai kurių nedidelių skirtumų, yra panašus į asmeninių elektroninių laiškų pavidalą. Be to, atsižvelgiant į tai, kad reklaminiai pranešimai rodomi gautų laiškų aplanko eilutėse, kurios paprastai skirtos asmeniniams elektroniniams laiškams, ir į jų panašumą su pastaraisiais, šių dviejų kategorijų pranešimai gali būti painiojami, todėl naudotojas, kuris spustelėtų reklaminio pranešimo eilutę, galėtų būti prieš savo valią nukreipiamas į tinklavietę, kurioje pateikiama nagrinėjama reklama, užuot toliau tikrinęs savo asmeninius elektroninius laiškus.

56. Kaip ir Komisija, manau, kad teiginys, jog, skirtingai nei asmeniniai elektroniniai laiškai, reklaminis pranešimas rodomas pilkame fone, neužima vietos saugykloje ir nepasižymi įprastomis elektroninių laiškų funkcijomis, nėra kliūtis pripažinti el. pašto paslaugos naudotojų privatumo pažeidimą. Atsižvelgdamas į tai, kad pagrindinėje byloje nagrinėjami reklaminiai pranešimai rodomi tame pačiame sąraše kaip ir asmeniniai elektroniniai laiškai ir norint juos ištrinti reikalingas toks pat dėmesys ir veiksmai kaip ir nepageidaujamų elektroninių laiškų (brukalo) atveju, manau, kad trukdymas yra panašaus lygio. Be to, tai, kad šie pranešimai nepasižymi tomis pačiomis funkcijomis kaip elektroniniai laiškai, yra papildomas trukdis, palyginti su nepageidaujamais elektroniniais laiškais (brukalu), nes atsižvelgiant į jiems reikalingą specifinį valdymą juos trinant gali būti padaryta klaidų arba netyčia spustelėta ant reklamos.

57. Apibendrindamas manau, kad nagrinėjamu atveju privatumo pažeidimą lemia ryšio priemonės, šiuo atveju – elektroninio pašto, kuris paprastai naudojamas asmeniniam susirašinėjimui, naudojimas. Priešingai nei reklamjuosčių, kurios rodomos pakraštyje ir atskirai nuo asmeninių elektroninių laiškų, atveju, tai, kad pagrindinėje byloje nagrinėjami reklaminiai pranešimai yra asmeninių elektroninių laiškų gavimo aplanke, kurį naudotojas laiko savo privačios srities dalimi, trukdo prieigą prie jų tiek pat ir labai panašiai kaip ir nepageidaujami elektroniniai laiškai (brukalas). Manau, kad reikia daryti išvadą, jog taip pažeidžiamas naudotojų apsaugos nuo bet kokio privatumo pažeidimo neužsakytais pranešimais dėl tiesioginės rinkodaros

tikslas, kurio siekiama Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalimi, siejama su jos 40 konstatuojamąja dalimi ir Direktyvos 2009/136 67 konstatuojamąja dalimi. Taigi tai yra kišimasis į privačią sritį naudojant elektroninio pašto gautų laiškų aplanką ir, mano nuomone, to pakanka, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamai tiesioginės rinkodaros technikai būtų taikomas reikalavimas dėl el. pašto paslaugos naudotojo išankstinio sutikimo.

58. Manau, kad jeigu būtų pripažinta, kad tokie reklaminiai pranešimai, kaip nagrinėjami pagrindinėje byloje, galėtų atsirasti el. pašto paslaugos naudotojo paskyros gautų laiškų aplanke be išankstinio jo sutikimo tokius pranešimus gauti tokia forma ir tokioje vietoje, būtų pakenkta Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies veiksmingumui.

59. Taigi atsižvelgiant į Sąjungos teisės aktų leidėjo siekiamą tikslą apsaugoti naudotoją nuo nuolatinio jo gautų laiškų aplankų ar jo asmeninės telefono linijos perpildymo neužsakytais komerciniais pranešimais ar skambučiais, reikia užtikrinti šios nuostatos veiksmingumą. Tai reiškia, kad ji turi būti aiškinama kaip taikoma reklaminiams pranešimams, kuriais pažeidžiamas el. pašto paslaugų naudotojų privatumas, nes jie yra panašūs į asmeninius elektroninius laiškus ir rodomi asmeninių elektroninių laiškų sąraše. Toks aiškinimas turėtų būti taikomas siekiant išvengti, kad Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalyje nustatytas išankstinio sutikimo reikalavimas būtų apeinamas nors, mano nuomone, toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, neabejotinai yra elektroniniu būdu vykdomos tiesioginės rinkodaros priemonė, kuriai platinti naudojamas paprastai tik asmeniniams elektroniniams laiškams skirtas gautų laiškų aplankas, taip sukeliant tą patį poveikį ir nepatogumus kaip ir nepageidaujamas elektroninis reklaminis laiškas (brukalas), kuris yra vienas iš pagrindinių elementų, į kuriuos nukreipta ši nuostata.

60. Be to, atsižvelgiant į technologinio neutralumo tikslą, kurio, kaip nurodžiau pirma, taip pat siekia Sąjungos teisės aktų leidėjas, Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies taikymo sritį reikia aiškinti plačiai, kad būtų galima apimti naujas tiesioginės rinkodaros technikas.

61. Atsakant į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo trečiąjį klausimą reikia pridurti, kad tai, jog toks, kaip pagrindinėje byloje nagrinėjamas, reklaminis pranešimas yra rodomas atsitiktine tvarka atrinkto naudotojo gautų laiškų aplanke, mano nuomone, niekaip netrukdo konstatuoti „<…> elektronin[io] pašt[o] [naudojimo] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį. Manau, kaip ir Portugalijos vyriausybė, kad gavėjo pasirinkimas atsitiktine arba iš anksto nustatyta tvarka nėra šios nuostatos taikymo sąlyga. Kitaip tariant, neturi reikšmės tai, ar nagrinėjama reklama yra skirta iš anksto nustatytam ir individualiai identifikuotam gavėjui, ar ji masiškai ir atsitiktine tvarka platinama daugybei gavėjų. Svarbu tai, kad yra komercinis pranešimas, kuris tiesiogiai ir individualiai pasiekia vieną ar kelis el. pašto paslaugų naudotojus, kai yra rodomas šių naudotojų el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke.

62. Atsakant į ketvirtąjį prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pateiktą klausimą, taip pat reikia pažymėti, kad siekiant tokią reklamos priemonę, kaip nagrinėjama pagrindinėje byloje, pripažinti „elektronin[io] pašt[o] [naudojimu] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį, nebūtina konstatuoti, kad naudotojui reklama sukelia nepatogumų, kurių poveikis didesnis negu suerzinimo. Iš tiesų, kaip matyti iš šios direktyvos 40 konstatuojamosios dalies, šioje nuostatoje numatytas išankstinio sutikimo gavimo reikalavimas grindžiamas, be kita ko, tuo, kad tiesioginės rinkodaros tikslais siunčiami neužsakyti komerciniai pranešimai „gavėjui <…> gali pridaryti nepatogumų ir išlaidų“.

Atsižvelgiant į tai, kad tokie pranešimai patenka į Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies taikymo sritį, darytina prielaida, kad jie gavėjui pridaro nepatogumų, nesant reikalo nustatyti, ar šių nepatogumų poveikis yra didesnis nei suerzinimo.

63. Atsižvelgiant į išdėstytus argumentus darytina išvada, kad, mano nuomone, toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, patenka į
Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalies taikymo sritį. Taigi tokio pobūdžio tiesioginės rinkodaros priemonė neleistina, jeigu jos gavėjas nėra davęs išankstinio sutikimo.

64. Kaip jau nurodžiau, tai turi būti bent informacija pagrįstas konkretus laisva valia duotas sutikimas [19].

65. Šiuo klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar per nemokamo el. pašto adreso registracijos procedūrą arba kitu metu naudotojas buvo informuotas apie tikslią reklamos platinimo tvarką, kai prisijungiama prie šio pašto paskyros tinklavietės. Visų pirma reikia įsitikinti, kad naudotojas buvo aiškiai ir tiksliai informuotas apie tai, kad reklamjuostės yra rodomos ne tik pakraštyje ir atskirai nuo asmeninių elektroninių laiškų sąrašo, bet ir pačiame šiame sąraše. Tokia informacija turi leisti minėtam naudotojui lengvai nustatyti savo duodamo sutikimo pasekmes ir užtikrinti, kad šis sutikimas būtų duotas žinant visas aplinkybes [20]. Todėl svarbu patikrinti, ar šis naudotojas davė konkretų sutikimą dėl pagrindinėje byloje nagrinėjamos reklamos priemonės, t. y. jis turi būti aiškiai sutikęs gauti reklaminius pranešimus savo el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke [21].

66. Žinoma, daugelio internetinių el. pašto paslaugų teikėjų verslo modelis dažnai grindžiamas reklama. Šiuo požiūriu tokių paslaugų naudotojas sutinka, kad tai, jog paslauga yra nemokama, tam tikru mastu bus kompensuojama rodant reklamą. Vis dėlto tai nekeičia reikalavimo, kad toks reklamos, kai ji rodoma pačiame el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke, priėmimas pagal Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalį turi būti išreikštas tokios paskyros naudotojo sutikimu.

67. Atsižvelgdamas į išdėstytus argumentus, siūlau Teisingumo Teismui atsakyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui, kad Direktyvos 2002/58 13 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad „elektronin[io] pašt[o] [naudojimu] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą, laikomas reklaminių pranešimų rodymas el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke į elektroninius laiškus panašia forma ir toje pačioje vietoje kaip ir šie laiškai, ir šiuo klausimu neturi reikšmės tai, kad minėtų pranešimų gavėjai atrenkami atsitiktine tvarka, taip pat nėra reikalo konstatuoti, jog šiam naudotojui pranešimai sukelia nepatogumų, kurių poveikis didesnis negu suerzinimo. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar minėtas naudotojas prieš rodant tokius reklaminius pranešimus jo el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke davė bent informacija pagrįstą konkretų laisva valia pareikštą sutikimą.

[19] Žr. šios išvados 50 punktą.

[20] Žr., be kita ko, 2020 m. lapkričio 11 d. Sprendimą *Orange Romania* (C-61/19, EU:C:2020:901, 40 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

[21] Kaip Teisingumo Teismas nurodė savo 2020 m. lapkričio 11 d. Sprendime *Orange Romania* (C-61/19, EU:C:2020:901), „pagal Direktyvos 95/46 2 straipsnio h punktą ir Reglamento 2016/679 4 straipsnio 11 punktą reikalaujama, kad būtų išreikšta „konkre[ti]“ valia, t. y. ji turi būti susijusi būtent su atitinkamu duomenų tvarkymu ir negali būti kildinama iš valios pareiškimo, kurio dalykas skiriasi“ (38 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

B. Dėl Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punkto aiškinimo

68. Penktuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, ar Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktas turi būti aiškinamas taip, kad reklaminių pranešimų rodymas el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke laikomas atkakliu ir nepageidaujamu raginimu elektroniniu paštu.

69. Direktyvos 2005/29 5 straipsnio 2 dalyje įtvirtinti kriterijai, leidžiantys nustatyti, ar komercinė veikla yra nesąžininga, o jo 4 dalyje numatyta, kad nesąžininga visų pirma laikoma komercinė veikla, kuri yra „klaidinanti“, kaip nurodyta šios direktyvos 6 ir 7 straipsniuose, ir „agresyvi“, kaip nustatyta minėtos direktyvos 8 ir 9 straipsniuose. Direktyvos 2005/29 5 straipsnio 5 dalyje, be kita ko, numatyta, kad „veiklos, kuri bet kuriomis aplinkybėmis laikoma nesąžininga, sąrašas“ pateikiamas jos I priede. Direktyvos 2005/29 17 konstatuojamojoje dalyje teigiama, kad siekiant didesnio teisinio tikrumo tik I priede nurodyta veikla laikytina nesąžininga komercine veikla bet kuriomis aplinkybėmis, nevertinant kiekvieno konkretaus atvejo, kaip numato minėtos direktyvos 5–9 straipsnio nuostatos [22]. Direktyvos 2005/29 I priede yra pateikiamas išsamus ir baigtinis sąrašas, todėl byloje nagrinėjama komercinė veikla gali būti laikoma agresyvia komercine veikla bet kuriomis aplinkybėmis, kaip suprantama pagal šią direktyvą, tik jeigu atitinka šio priedo 24–31 punktuose nurodytus atvejus [23].

70. Vienas iš šio I priedo 26 punkte nurodytų „[a]gresyvios komercinės veiklos“ atvejų yra „[a]tkaklus ir nepageidaujamas raginimas telefonu, faksu, elektroniniu paštu ar kitomis nuotolinio ryšio priemonėmis, išskyrus tomis aplinkybėmis ir tiek, kiek tai leidžiama pagal nacionalinę teisę siekiant užtikrinti sutartinės prievolės vykdymą“.

71. Kaip jau nurodžiau, toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, tiesiogiai ir individualiai pasiekia el. pašto paslaugos naudotoją, nes jis rodomas šio naudotojo paskyros gautų laiškų aplanke, įterptas tarp naudotojo asmeninių elektroninių laiškų. Minėto naudotojo požiūriu, šis reklaminis pranešimas įgyja elektroninio laiško, kuris jam būtų siųstas individualiai, pavidalą. Taigi, kaip nurodo Komisija, minėto pranešimo poveikis yra panašus į individualizuotos tiesioginės rinkodaros, neatsižvelgiant į tai, ar iš techninės pusės rengdamas nagrinėjamą pranešimą reklamuotojas individualiai nustatė konkretų gavėją, ir į tai, ar saugykloje užimamos vietos ir funkcijų požiūriu šis pranešimas tvarkomas kitaip nei elektroniniai laiškai.

72. Taigi manau, kad toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kuris turi tiesioginės rinkodaros priemonės požymių ir šiuo tikslu platinamas, yra el. pašto paslaugų naudotojų „raginimas“, nes šis jiems tiesiogiai ir individualiai skirtas pranešimas rodomas jų asmeniniams elektroniniams laiškams skirtoje vietoje.

73. Dėl požymių, kuriais turi pasižymėti „raginimai“, kad jiems būtų taikomas Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktas, t. y. kad jie turi būti „atkaklūs ir nepageidaujami“, manau, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar pagrindinėje byloje jie turi tokių požymių. Dėl šio patikrinimo reikia pažymėti, kad, atsižvelgiant į Direktyvos 2005/29 8 straipsnyje pateiktą agresyvios komercinės veiklos apibrėžtį, toks reklaminis pranešimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, turėtų būti pakankamai dažnas ir reguliarus, kad jį būtų galima laikyti „atkakliu raginimu“, o mano manymu, šiuo atveju, kai kalbama apie tik tris kartus pasirodžiusį pranešimą, taip nėra. Kita vertus, manau, kad tikrai būtų galima kalbėti

[22] Žr., be kita ko, 2018 m. rugsėjo 13 d. Sprendimą *Wind Tre ir Vodafone Italia* (C-54/17 ir C-55/17, EU:C:2018:710, 40 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

[23] Žr. 2019 m. birželio 12 d. Sprendimą *Orange Polska* (C-628/17, EU:C:2019:480, 25 punktas).

apie „atkaklų“ raginimą, jeigu būtų įrodyta, kad el. pašto paslaugos naudotojas iš anksto nebuvo davęs sutikimo rodyti reklaminius pranešimus savo el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke. Taip pat reikia atsižvelgti į tai, kad 2016 m. gruodžio 20 d. šis naudotojas nusiuntė *eprimo* įspėjimą dėl 2016 m. gruodžio 12 d. reklamos ir taip aiškiai išreiškė šiai bendrovei savo nenorą gauti tokio pobūdžio reklamą.

74. Atsižvelgdamas į visus šiuos aspektus, manau, kad į penktąjį klausimą reikia atsakyti, jog sąvoka „[a]tkaklus ir nepageidaujamas raginimas <…> elektroniniu paštu“, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2005/29 I priedo 26 punktą, turi būti aiškinama kaip galinti apimti tokį elgesį, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kuris pasireiškia reklaminių pranešimų rodymu el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke į elektroninius laiškus panašia forma ir toje pačioje vietoje kaip ir šie laiškai. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, pirma, ar šie reklaminiai pranešimai buvo rodomi pakankamai dažnai ir reguliariai, kad galėtų būti laikomi „atkakliu“ raginimu, ir, antra, ar minėtų pranešimų rodymas gali būti laikomas „nepageidaujamu“ raginimu, atsižvelgiant į tai, ar šis naudotojas buvo davęs išankstinį sutikimą, ir į tai, ar minėtas naudotojas pareiškė prieštaravimą dėl tokios reklamos.

V. Išvada

75. Atsižvelgdamas į išdėstytus argumentus, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į *Bundesgerichtshof* (Aukščiausiasis Federalinis Teismas, Vokietija) pateiktus prejudicinius klausimus:

1. 2002 m. liepos 12 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2002/58/EB dėl asmens duomenų tvarkymo ir privatumo apsaugos elektroninių ryšių sektoriuje (Direktyva dėl privatumo ir elektroninių ryšių), iš dalies pakeistos 2009 m. lapkričio 25 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2009/136/EB, 13 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad „elektronin[io] pašt[o] [naudojimu] tiesioginės rinkodaros tikslais“, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą, laikomas reklaminių pranešimų rodymas el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke į elektroninius laiškus panašia forma ir toje pačioje vietoje kaip ir šie laiškai, ir šiuo klausimu neturi reikšmės tai, kad minėtų pranešimų gavėjai atrenkami atsitiktine tvarka, taip pat nėra reikalo konstatuoti, jog šiam naudotojui pranešimai sukelia nepatogumų, kurių poveikis didesnis negu suerzinimo. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar minėtas naudotojas prieš rodant tokius reklaminius pranešimus jo el. pašto paskyros gautų laiškų aplanke davė bent informacija pagrįstą konkretų laisva valia pareikštą sutikimą.

2. Sąvoka „[a]tkaklus ir nepageidaujamas raginimas <…> elektroniniu paštu“, kaip tai suprantama pagal 2005 m. gegužės 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2005/29/EB dėl nesąžiningos įmonių komercinės veiklos vartotojų atžvilgiu vidaus rinkoje ir iš dalies keičiančios Tarybos direktyvą 84/450/EEB, Europos Parlamento ir Tarybos direktyvas 97/7/EB, 98/27/EB bei 2002/65/EB ir Europos Parlamento ir Tarybos reglamentą (EB) Nr. 2006/2004 („Nesąžiningos komercinės veiklos direktyva“) I priedo 26 punktą, turi būti aiškinama kaip galinti apimti tokį elgesį, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, kuris pasireiškia reklaminių pranešimų rodymu el. pašto paslaugos naudotojo gautų laiškų aplanke į elektroninius laiškus panašia forma ir toje pačioje vietoje kaip ir šie laiškai. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, pirma, ar šie reklaminiai pranešimai buvo rodomi pakankamai dažnai ir reguliariai, kad galėtų būti laikomi „atkakliu“

raginimu, ir, antra, ar minėtų pranešimų rodymas gali būti laikomas „nepageidaujamu“ raginimu, atsižvelgiant į tai, ar šis naudotojas buvo davęs išankstinį sutikimą, ir į tai, ar minėtas naudotojas pareiškė prieštaravimą dėl tokios reklamos.