Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
JEANA RICHARDA DE LA TOURA
od 24. lipnja 2021.[1]

Predmet C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
protiv
eprimo GmbH,
uz sudjelovanje
Interactive Media CCSP GmbH

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2002/58/EZ – Obrada osobnih podataka i zaštita privatnosti u području elektroničkih komunikacija – Reklamna poruka koja se prikazuje u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte – Članak 2. drugi stavak točka (h) – Pojam ‚elektronička pošta' – Članak 13. stavak 1. – Pojam ‚uporaba elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga' – Direktiva 2005/29/EZ – Nepoštena poslovna praksa – Prilog I. točka 26. – Pojam ‚ustrajno, a neželjeno nuđenje elektroničkom poštom'"

I. Uvod

1. Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 2. drugog stavka točke (h) i članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama)[2], kako je izmijenjena Direktivom 2009/136/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009.[3] (u daljnjem tekstu: Direktiva 2002/58), kao i točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi")[4].

2. Taj je zahtjev podnesen u okviru spora između društva StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegniz GmbH (u daljnjem tekstu: StWL) i društva eprimo GmbH, koja krajnje kupce opskrbljuju električnom energijom, u pogledu usklađenosti oglašivačke aktivnosti koju agencija Media CCSP

[1] Izvorni jezik: francuski

[2] SL 2002., L 201, str. 37. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 52., str. 111.)

[3] SL 2009., L 337, str. 11. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 52., str. 224. i ispravci SL 2017., L 162, str. 56. i SL 2018., L 74, str. 11.)

[4] SL 2005., L 149, str. 22. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 8., str. 101. i ispravak SL 2016., L 332, str. 25.)

GmbH (u daljnjem tekstu: Interactive Media) obavlja na zahtjev društva eprimo i koja uključuje prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnikâ besplatne usluge elektroničke pošte T-Online s nacionalnim propisom u području nepoštenog tržišnog natjecanja.

3. Tehniku oglašavanja o kojoj je riječ u glavnom postupku teško je kvalificirati jer se, s jedne strane, razlikuje od tehničkog modela poruke elektroničke pošte i jer, s druge strane, iz perspektive primatelja podsjeća na neželjenu poruku elektroničke pošte (*spam*) koja je glavni predmet cilja zaštite koji se osobito nastoji postići člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58.

4. U ovom ću mišljenju, kao prvo, predložiti Sudu da presudi da članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58 treba tumačiti na način da prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte u obliku sličnom porukama elektroničke pošte i na istom mjestu kao potonje poruke predstavlja „uporab[u] […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga" u smislu te odredbe, pri čemu nasumično određivanje primatelja navedenih poruka nema utjecaja u tom pogledu te nije nužno utvrditi da opterećenje za tog korisnika nadilazi neugodnost koja mu je prouzročena. Sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti je li navedeni korisnik prije prikazivanja takvih reklamnih poruka u ulaznom spremniku svojeg računa elektroničke pošte dao pristanak koji je u najmanju ruku dobrovoljan, poseban i informiran.

5. Kao drugo, predložit ću Sudu da smatra da pojam „ustrajno, a neželjeno nuđenje […] e-poštom […]" u smislu točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 treba tumačiti na način da može obuhvaćati ponašanje kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku, koje uključuje prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte u obliku sličnom porukama elektroničke pošte i na istom mjestu kao potonje poruke. Međutim, sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti, s jedne strane, je li prikazivanje tih reklamnih poruka bilo dovoljno često i redovito kako bi se moglo kvalificirati kao „ustrajno" nuđenje i, s druge strane, može li se prikazivanje navedenih poruka kvalificirati kao „neželjeno" nuđenje s obzirom na to postoji li prethodni pristanak tog korisnika za to prikazivanje, kao i protivi li se navedeni korisnik takvom postupku oglašavanja.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2002/58

6. U uvodnim izjavama 4. i 40. Direktive 2002/58 navodi se:

„(4) Direktiva 97/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. prosinca 1997. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području telekomunikacija[5] prenijela je načela navedena u Direktivi 95/46/EZ [Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka[6]] u posebna pravila za područje telekomunikacija. Direktiva [97/66] mora se prilagoditi razvoju na tržištima i u tehnologijama elektroničkih komunikacijskih usluga kako bi mogla pružiti

5 SL 1998., L 24, str. 1.

6 SL 1995., L 281, str. 31. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 7., str. 88.)

jednaku razinu zaštite osobnih podataka i privatnosti korisnicima javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga, neovisno o tehnologijama koje se koriste. Tu bi Direktivu stoga trebalo staviti izvan snage i zamijeniti ovom Direktivom.

[…]

(40) Pretplatnicima treba pružiti zaštitne mehanizme protiv narušavanja njihove privatnosti neželjenim komunikacijama u svrhe izravnog marketinga, posebno putem automatiziranih pozivnih uređaja, telefaksa i e-mail poruka, uključujući SMS poruke. Ovi oblici neželjene komercijalne komunikacije mogu s jedne strane biti relativno jednostavni i jeftini za slanje ali, s druge strane, mogu predstavljati opterećenje i/ili trošak za primatelja. Štoviše, u nekim slučajevima njihov opseg može također uzrokovati poteškoće za elektroničke komunikacijske mreže i terminalnu opremu. Za takve oblike neželjenih komunikacija u svrhe izravnoga marketinga, opravdano je zahtijevati dobivanje prethodnoga izričitog pristanka primatelja prije nego što im se upute takve komunikacije. Jedinstveno tržište zahtijeva usklađen pristup osiguravanju jednostavnih pravila za poduzeća i korisnike na razini cijele [Unije].”

7. Članak 2. Direktive 2002/58, naslovljen „Definicije”, određuje:

„Definicije iz Direktive [95/46] i Direktive 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge (Okvirna direktiva)[7,] primjenjuju se osim ako nije drukčije određeno.

Sljedeće definicije se također primjenjuju:

[…]

(d) ‚komunikacija’ znači svaka informacija koja se razmjenjuje ili prenosi između ograničenog broja stranaka putem javno dostupne elektroničke komunikacijske usluge. Ovo ne uključuje informaciju prenesenu kao dio usluge emitiranja za javnost putem elektroničke komunikacijske mreže, osim u onoj mjeri u kojoj se informacija može odnositi na pretplatnika ili na korisnika koji prima informaciju koji se mogu identificirati;

[…]

(f) ‚pristanak’ korisnika ili pretplatnika odgovara podacima o pristanku osobe iz Direktive [95/46[8]];

[…]

7 SL 2002., L 108, str. 33. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 49., str. 25.)

8 U skladu s člankom 2. točkom (h) Direktive 95/46 „suglasnost osobe čiji se podaci obrađuju” znači „svaka dobrovoljno dana, posebna i informirana izjava volje, kojom osoba čiji se podaci obrađuju daje svoju suglasnost da se obrade osobni podaci koji se na nju odnose”. Ta je direktiva stavljena izvan snage s učinkom od 25. svibnja 2018. Uredbom (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (SL 2016., L 119, str. 1. i ispravak SL 2021, L 74, str. 35.), u čijem se članku 4. točki 11. „privola” ispitanika definira kao „svako dobrovoljno, posebno, informirano i nedvosmisleno izražavanje želja ispitanika kojim on izjavom ili jasnom potvrdnom radnjom daje pristanak za obradu osobnih podataka koji se na njega odnose”. U skladu s člankom 94. stavkom 2. te uredbe, naslovljenim „Stavljanje izvan snage Direktive 95/46/EZ”, „[u]pućivanja na direktivu koja je stavljena izvan snage tumače se kao upućivanja na ovu Uredbu”.

(h) ‚elektronska pošta' znači svaka tekstualna, glasovna, zvučna ili slikovna poruka poslana preko javne komunikacijske mreže koja se može pohraniti u mreži ili u primateljevoj terminalnoj opremi sve dok je primatelj ne preuzme;

[…]"

8. Članak 13. Direktive 2002/58, naslovljen „Neželjene poruke", predviđa:

„1. Korištenje sustava automatskog pozivanja i komuniciranja bez ljudskog djelovanja (automatskih pozivnih naprava), faksimila ili elektroničke pošte za potrebe izravnog marketinga može biti dozvoljeno samo u slučaju pretplatnika ili korisnika koji su za isto dali svoj prethodni pristanak.

2. Ne dovodeći u pitanje stavak 1., kada fizička ili pravna osoba od svojih korisnika dobije njihove kontaktne podatke za elektroničku poštu, u smislu prodaje proizvoda ili usluge, u skladu s Direktivom [95/46], ista fizička ili pravna osoba može koristiti te navedene elektroničke kontaktne podatke za izravni marketing svojih sličnih proizvoda ili usluga, pod uvjetom da su korisnici jasno i izravno obaviješteni o mogućnosti protivljenja, besplatno i na jednostavan način, takvom korištenju elektroničkih kontaktnih podataka u trenutku njihovog prikupljanja, te uvijek kod slanja svake nove poruke, za slučaj da korisnik nije odmah odbio takvo korištenje.

3. Države članice poduzimaju odgovarajuće mjere kako bi osigurale da neželjene poruke za potrebe izravnog marketinga, u slučajevima koji nisu oni navedeni u stavcima 1. i 2., nisu dozvoljene ili zbog nepostojanja pristanka dotičnih pretplatnika ili korisnika ili s obzirom na pretplatnike ili korisnike koji ne žele primati navedene poruke. Odgovarajući izbor između navedenih mogućnosti utvrđuje se u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, uzimajući u obzir da obje mogućnosti moraju biti besplatne za pretplatnika ili korisnika.

4. U svakome slučaju, zabranjuje se slanje elektroničkih poruka za potrebe izravnog marketinga, koje su prikrivene ili je identitet pošiljatelja u čije se ime šalje poruka skriven, što je protivno članku 6. Direktive 2000/31/EZ [Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini)[9]], kao i poruka iste prirode koje nemaju valjanu adresu na koju primatelji mogu dostaviti zahtjev za prestanak slanja takvih poruka ili koje potiču primatelje na posjećivanje web stranica koje nisu sukladne navedenom članku.

[…]"

2. Direktiva 2005/29

9. U uvodnoj izjavi 17. Direktive 2005/29 navodi se:

„Kako bi se osigurala veća pravna sigurnost, poželjno je utvrditi poslovnu praksu koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom. Prilog I. stoga sadrži cjelovit popis postupaka koji predstavljaju takvu praksu. To su jedina poslovna postupanja koja se mogu smatrati nepoštenima a da se ne poduzima ocjenjivanje svakog pojedinog slučaja s obzirom na odredbe članaka 5. do 9. Popis se može izmijeniti jedino revizijom ove Direktive."

[9] SL 2000., L 178, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 39., str. 58.)

10. Člankom 5. Direktive 2005/29 određuje se:

„1. Nepoštena poslovna praksa se zabranjuje.

2. Poslovna praksa je nepoštena:

(a) ako je u suprotnosti sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje;

i

(b) ako bitno narušava ili je vjerojatno da će bitno narušiti gospodarsko ponašanje prosječnog potrošača do kojeg dopire odnosno kojem je namijenjena, u odnosu na proizvod, odnosno gospodarsko ponašanje prosječnog člana skupine ako je poslovna praksa usmjerena određenoj skupini potrošača.

[…]

4. Nepoštenom poslovnom praksom smatra se posebno:

(a) zavaravajuća poslovna praksa kako je određena u člancima 6. i 7.;

ili

(b) agresivna poslovna praksa kako je određena u člancima 8. i 9.

5. Prilog I. sadrži popis postupaka koji predstavljaju takvu praksu, a koji se u svim okolnostima smatraju nepoštenima. Isti jedinstven popis primjenjuje se u svim državama članicama i može se izmijeniti jedino revizijom ove Direktive.”

11. Članak 8. Direktive 2005/29 predviđa:

„Poslovna praksa smatra se agresivnom ako u danom činjeničnom okviru, uzimajući u obzir sva njegova obilježja i okolnosti, uznemiravanjem, prisilom, uključujući uporabu fizičke sile te nedopuštenim utjecajem u znatnoj mjeri narušava ili je vjerojatno da će u znatnoj mjeri narušiti slobodu izbora prosječnog potrošača odnosno njegovo postupanje u vezi s proizvodom, te ga na taj način navodi ili je vjerojatno da će ga navesti na donošenje odluke o poslu koju inače ne bi donio.”

12. Prilog I. toj direktivi sadržava popis „poslovn[e] praks[e] koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom”. Kao „[a]gresivna poslovna praksa” u točki 26. navodi se „[u]strajno, a neželjeno nuđenje telefonom, faksom, e-poštom ili drugim sredstvom daljinske komunikacije, osim u slučaju i u mjeri u kojoj je to opravdano radi nacionalnim propisima predviđenog ispunjenja ugovorne obveze. To ne dovodi u pitanje […] direktiv[e] [95/46] i [2002/58].”

B. Njemačko pravo

13. Članak 3. stavci 1. i 2. Gesetza gegen den unlauteren Wettbewerb (Zakon o zaštiti od nepoštenog tržišnog natjecanja)[10] od 3. srpnja 2004., u verziji koja se primjenjuje u glavnom postupku, određuje:

„(1) Nepoštena poslovna praksa jest nezakonita.

(2) Poslovna praksa koja je usmjerena na potrošače ili dopire do njih nepoštena je ako nije u skladu s pažnjom koja se zahtijeva od poduzetnika i ako može znatno utjecati na gospodarsko ponašanje potrošača."

14. Članak 5.a stavak 6. UWG-a predviđa:

„Radnju […] nepoštenog tržišnog natjecanja izvršava svaka osoba koja ne uputi na stvarnu poslovnu namjeru prakse ako ona već nije očita iz konteksta i ako neupućivanje potrošača može dovesti do donošenja odluke o poslu koju inače ne bi donio."

15. Članak 7. stavci 1. i 2. UWG-a glasi kako slijedi:

„(1) Poslovna praksa koja tržišnom subjektu uzrokuje neprihvatljivu neugodnost jest nezakonita. To se konkretno primjenjuje na oglašavanje koje se provodi iako je očito da to tržišni subjekt ne želi.

(2) Uvijek treba pretpostaviti da postoji neprihvatljiva neugodnost:

1. u slučaju oglašavanja koje uključuje upotrebu komercijalnog komunikacijskog sredstava prilagođenog trgovanju na daljinu koje nije navedeno u točkama 2. i 3. te odredbe, kojim se potrošača ustrajno nudi iako on to očito ne želi;

[…]

3. u slučaju oglašavanja koje uključuje upotrebu automatiziranog pozivnog uređaja, faksa ili elektroničke pošte, bez izričitog prethodnog pristanka primatelja, ili

4. u slučaju oglašavanja u obliku poruke

   (a) u kojoj je maskiran ili skriven identitet pošiljatelja u čije se ime šalje poruka […]

   […]"

16. U skladu s člankom 8. UWG-a:

„(1) Protiv svake osobe koja provodi poslovnu praksu koja je nezakonita s obzirom na članak 3. ili članak 7. može se podnijeti tužba radi uklanjanja posljedica nezakonitog djelovanja i, u slučaju opasnosti od ponavljanja, radi prekida tog djelovanja. Pravo na tužbu radi prekida postoji ako postoji opasnost od nastanka takve prakse protivne članku 3. ili članku 7.

[10] BGBl. 2004. I, str. 1414., u daljnjem tekstu: UWG

(2) Ako povrede počini zaposlenik ili ovlaštena osoba poduzetnika, tužba radi prekida i tužba radi uklanjanja posljedica nezakonitog djelovanja također su osnovane protiv vlasnika poduzetnika.

(3) Nositelji prava dodijeljenih stavkom 1. jesu sljedeći:

1. bilo koji konkurent;

[…]”

III. Glavni postupak i prethodna pitanja

17. Društva StWL i eprimo dva su konkurentska opskrbljivača električnom energijom. Agencija za oglašavanje Interactive Media na zahtjev društva eprimo objavila je reklamne oglase u poštanskim pretincima elektroničke pošte korisnikâ besplatne usluge elektroničke pošte T-Online.

18. Reklamne poruke koje najavljuju „veću uštedu” uz eprimo pojavile su se u privatnom pretincu elektroničke pošte korisnika usluge T-Onlinea i konkretnije u ulaznom spremniku, odnosno na mjestu na kojem se prikazuje popis zaprimljenih poruka elektroničke pošte, pri čemu su se prikazivale u primljenim porukama. Za razliku od tih poruka elektroničke pošte, reklama, koja je sadržavala riječ „oglas”, pojavila se označena sivom bojom te nije sadržavala ni datum ni pošiljatelja, nije se mogla pohraniti ni proslijediti, a na nju nije bilo moguće ni odgovoriti koristeći mogućnosti obrade poruka elektroničke pošte koje je predvidio pružatelj usluge elektroničke pošte. Štoviše, nije bila uključena ni u broj korisnikovih nepročitanih poruka elektroničke pošte niti je zauzimala prostor za pohranu u korisnikovu ulaznom spremniku. Taj je korisnik 20. prosinca 2016. eprimu uputio pismo opomene u pogledu oglasa od 12. prosinca 2016. i tako izričito obavijestio eprimo da ne želi primati takve oglase. U njegovu su se ulaznom spremniku 13. i 15. siječnja 2017. ipak pojavili slični oglasi.

19. Reklamne poruke o kojima je riječ u glavnom postupku nasumično su se prikazivale u ulaznim spremnicima korisnikâ usluge elektroničke pošte. Prilikom otvaranja internetske stranice koja odgovara računu elektroničke pošte poslan je zahtjev („ad-request”) reklamnom poslužitelju koji je zatim poslao odgovarajuće parametre korisnikovu internetskom pregledniku kako bi se u ulaznom spremniku tog računa prikazala nasumično odabrana reklamna zastavica. Ako taj korisnik klikne na prikazani oglas, taj se unos najprije prosljeđuje reklamnom poslužitelju koji zabilježi klik i preusmjeri preglednik na stranicu oglašivača.

20. Landgericht Nürnberg-Fürth (Zemaljski sud Nürnberg-Fürth, Njemačka), pred kojim je postupak pokrenuo StWL koji je smatrao da je taj način oglašavanja protivan pravu tržišnog natjecanja jer predstavlja neprihvatljivu neugodnost i zavaravanje, naložio je eprimu da u trgovačkom prometu i za potrebe tržišnog natjecanja prestane s oglašavanjem povezanim s opskrbom krajnjih potrošača električnom energijom na račun elektroničke pošte T-Online.

21. Žalba koju je Oberlandesgerichtu Nürnberg (Visoki zemaljski sud u Nürnbergu, Njemačka) podnio eprimo prihvaćena je, pri čemu je taj sud smatrao da sporno prikazivanje oglasa u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte ne predstavlja nezakonitu poslovnu praksu s obzirom na pravo tržišnog natjecanja.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (Visoki zemaljski sud u Nürnbergu) presudio je, s jedne strane, da predmetni oglas ne predstavlja neprihvatljivu neugodnost koja uključuje uporabu elektroničke pošte u smislu članka 7. stavka 2. točke 3. UWG-a jer se taj oglas ne može smatrati elektroničkom poštom u smislu te odredbe. U svakom slučaju, navedeni oglas nije doveo do opterećenja ili troškova za korisnika usluge elektroničke pošte koji nadilaze „uobičajenu" neugodnost nastalu zbog bilo kojeg oglasa i stoga nije prouzročio neprihvatljivu neugodnost u smislu opće odredbe članka 7. stavka 1. prve rečenice UWG-a, osobito s obzirom na to da je usluga elektroničke pošte besplatna.

23. S druge strane, taj je sud zaključio da predmetni oglas nije nezakonit u skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 4. podtočkom (a) UWG-a jer nije riječ o oglasu u obliku poruke. Članak 7. stavak 2. točka 1. UWG-a također nije primjenjiv jer pretpostavlja „nuđenje" u smislu nametljivog ponašanja prema korisniku, koje u ovom slučaju ne postoji. Konačno, ne može se smatrati da su predmetni oglasi nepošteni uz obrazloženje da dovode do zavaravanja u smislu članka 5.a stavka 6. UWG-a jer ne skrivaju svoju oglašivačku prirodu.

24. Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka), kojem je StWL podnio reviziju, smatra da njegov odgovor na pitanje postoji li pravo na prestanak predmetne prakse ovisi o tumačenju članka 2. drugog stavka točaka (d) i (h) i članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 kao i točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 i pojmova „elektronička pošta", „uporaba" i „nuđenje".

25. Naime, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, ponašanje za koje se prigovara eprimu može biti nezakonito u skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 3. UWG-a, kojim se prenosi članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58. Taj sud navodi da je također moguće da je reklama nezakonita u skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 1. UWG-a, kojim se prenosi točka 26. Priloga I. Direktivi 2005/29.

26. Kao prvo, što se tiče dijela koji se odnosi na primjenu članka 7. stavka 2. točke 3. UWG-a, kojim se prenosi članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58, sud koji je uputio zahtjev od Suda traži pojašnjenja pojmova elektroničke pošte i njezine uporabe za potrebe izravnog marketinga.

27. Kako bi se odredilo je li predmetna reklama obuhvaćena pojmom #elektronička pošta", taj sud najprije utvrđuje da poruka koju je operator reklamnog poslužitelja u stvarnom vremenu poslao u ulazni spremnik računa elektroničke pošte nakon što je korisnik povezivanjem otvorio tu internetsku stranicu i koja se prikazuje na navedenoj stranici, na kojoj ju je taj korisnik mogao pročitati predstavlja „komunikaciju" u smislu članka 2. drugog stavka točke (d) Direktive 2002/58. Zatim smatra da je potrebno provjeriti može li se reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku kvalificirati kao „elektronička pošta" u smislu članka 2. drugog stavka točke (h) te direktive.

28. U tom pogledu pita o kriteriju slanja poruke navedene u toj odredbi. Naime, oglas u ulaznom spremniku korisnik usluge elektroničke pošte ne prenosi drugom korisniku, nego ga reklamni poslužitelji nakon otvaranja računa elektroničke pošte prikazuju na određenim mjestima ulaznog spremnika nasumično odabranog korisnika predviđenima u tu svrhu. Kad bi se primijenili kriteriji tradicionalne elektroničke pošte, moglo bi stoga nedostajati „slanje" poruke, tako da se oglas koji se pojavljuje u tom ulaznom spremniku ne može kvalificirati kao elektronička pošta. Međutim, sud koji je uputio zahtjev pita može li cilj zaštite privatnosti korisnika iz uvodne izjave 40., koji se nastoji postići člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58, ići u prilog funkcionalnom, a ne tehničkom pristupu definiciji „slanja". Taj cilj mogao bi opravdati to da se pojam „slanje" ne

tumači na temelju tradicionalnih oblika elektroničke komunikacije, odnosno u smislu da jedan određeni korisnik šalje drugom unaprijed određenom korisniku, nego na funkcionalan način u smislu širenja.

29. Osim toga, sud koji je uputio zahtjev pita o definiciji pojma „preuzimanje" iz članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58. Taj sud objašnjava da iz te odredbe, u vezi s uvodnom izjavom 27. iste direktive [11], može proizaći da preuzimanje poruke pretpostavlja namjerno ponašanje primatelja koji otvaranjem svojeg računa elektroničke pošte izražava svoju volju da mu se njegove poruke elektroničke pošte, pohranjene na poslužitelju elektroničke pošte, prikažu i prenesu, dok, što se tiče predmetnog oglasa koji je pohranjen na reklamnom poslužitelju koji je pod nadzorom društva koji ga šalje, korisnik treba samo otvoriti uslugu elektroničke pošte kako bi se reklamna zastavica prikazala u stvarnom vremenu a da internetski korisnik ne primijeti taj proces te na temelju odluke kojom izražava svoju volju ne može navesti prihvaća li ili odbija to prikazivanje. Ukratko, preuzimanje iz članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58 podrazumijeva djelovanje korisnika u svrhu prenošenja poruke, u pravilu s poslužitelja davatelja usluga. Međutim, navedeni sud smatra da se člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58 nalaže da se korisnika zaštiti od neželjenih reklamnih poruka i stoga da treba smatrati da je otvaranje računa elektroničke pošte na internetu dovoljno da predstavlja konačan čin preuzimanja.

30. Usto, sud koji je uputio zahtjev ističe da je sporan oglas, prije nego što je povezivanjem prikazan u ulazni spremnik, bio pohranjen na reklamnom poslužitelju i stoga u mreži. Prema njegovu mišljenju, iz uvodne izjave 27. Direktive 2002/58 ne može se zaključiti da se elektronička pošta odnosi samo na poruke koje su pohranjene na poslužitelju samog pružatelja usluga.

31. Sud koji je uputio zahtjev također pita postoji li „elektronička pošta" u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 ako se poruka ne šalje pojedinačnom primatelju koji je već točno određen prije slanja, nego se ona nasumično prikazuje, kao u ovom slučaju. Sud koji je uputio zahtjev u tom pogledu ističe da je sporan oglas nasumično poslan korisnicima usluge besplatne elektroničke pošte, pri čemu nije bila moguća prethodna komunikacija koja se odnosi na pristanak korisnika. S obzirom na to, smatra da se iz zahtjeva prethodnog pristanka predviđenog tom odredbom ne može zaključiti da su dopušteni svi oblici izravnog marketinga komunikacijskim mrežama s obzirom na to da se pristanak korisnika usluge elektroničke pošte ne može prikupiti prije prikazivanja oglasa i to zbog tehničkih postupaka koje upotrebljava oglašivač.

32. Usto, sud koji je uputio zahtjev smatra da treba definirati pojam „uporaba" elektroničke pošte u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 te pita treba li „opterećenje" [12] za korisnika, kako bi bilo obuhvaćeno tim pojmom, nadilaziti neugodnost koja mu je prouzročena. U tom pogledu, tvrdi da je, s obzirom na to da predmetni oglas izgleda kao poruka elektroničke pošte i da je stoga vidljiviji od oglasa izvan ulaznog spremnika, neugodnost veća nego u slučaju oglasa koji se prikazuje na margini ulaznog spremnika i da se u tim uvjetima ne može ispuniti cilj zaštite privatnosti korisnika.

33. Kao drugo, što se tiče dijela koji se odnosi na primjenu članka 7. stavka 2. točke 1. UWG-a, kojim se prenosi točka 26. Priloga I. Direktivi 2005/29, sud koji je uputio zahtjev smatra da u smislu te odredbe treba pojasniti kriterije „nuđenja". Prema mišljenju tog suda, nuđenje je isključeno kad se komunikacija upućuje široj javnosti. Ono, naprotiv, pretpostavlja da je oglas

[11] U skladu s tom uvodnom izjavom, „[t]očan trenutak završetka prijenosa komunikacije, nakon kojega se podaci o prometu trebaju brisati, osim u svrhu naplate, može ovisiti o vrsti elektroničke komunikacijske usluge koja se pruža. Na primjer, […] [k]ada je riječ o elektronskoj pošti prijenos je završen čim primatelj pokupi poruku, obično s poslužitelja svoga davatelja usluga".

[12] Vidjeti uvodnu izjavu 40. Direktive 2002/58.

ciljano upućen pojedinačnom korisniku. U tom pogledu, navedeni sud pita je li potrebno, kako bi ciljana individualna reklama ispunila kriterije nuđenja, da se klijenta kontaktira tradicionalnim sredstvom za osobnu komunikaciju između pošiljatelja i primatelja kao što su telefon, faks ili elektronička pošta, ili je dovoljno da se, kao u ovom slučaju, veza s korisnikom uspostavi prikazivanjem oglasa u ulaznom spremniku njegova računa elektroničke pošte, odnosno na mjestu na kojem očekuje poruke koje su mu pojedinačno upućene.

34. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, s obzirom na to da oglas prikazan u tom ulaznom spremniku korisniku uzrokuje veću neugodnost nego tradicionalne reklamne zastavice koje, zbog toga što se prikazuju na mjestima internetske stranice koji su uobičajeno predviđeni u tu svrhu, nemaju istu individualnu prirodu, vjerojatno se dovodi u pitanje i cilj zaštite koji se nastoji postići točkom 26. Priloga I. Direktivi 2005/29.

35. Osim toga, sud koji je uputio zahtjev smatra da su ispunjeni drugi uvjeti prakse zabranjene tom odredbom. U tom pogledu ističe da se korisnika usluge elektroničke pošte nudilo ukupno tri puta, odnosno u više navrata i stoga ustrajno, oglasom prikazanim u ulaznom spremniku njegova računa elektroničke pošte. Takvo oglašavanje nije bilo željeno jer je taj korisnik eprimu izričito izrazio svoju želju da ne prima reklamne poruke kao što su one o kojima je riječ u glavnom postupku.

36. U tim je okolnostima Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Je li pojmom „slanje” u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive [2002/58] obuhvaćena situacija u kojoj korisnik elektroničkih komunikacijskih usluga poruku ne šalje putem pružatelja usluga na elektroničku ‚adresu' drugog korisnika, nego se nakon otvaranja lozinkom zaštićene internetske stranice određenog računa elektroničke pošte automatski prikazuje putem reklamnog poslužitelja (‚ad-server') na određenim tomu namijenjenim prostorima ulaznog spremnika elektroničke pošte nasumično odabranog korisnika (oglašavanje putem ulaznih spremnika)?

2. Podrazumijeva li preuzimanje poruke u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58 da primatelj, nakon što je saznao za postojanje poruke, pokrene programsko-tehnički zadan prijenos podataka o porukama dobrovoljnim zahtjevom za preuzimanje ili je dovoljno da se prikaz poruke u ulaznom spremniku određenog računa elektroničke pošte pokrene na način da korisnik otvori lozinkom zaštićenu internetsku stranicu svojeg računa elektroničke pošte?

3. Je li također riječ o elektroničkoj pošti u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 ako poruka nije poslana pojedinačnom primatelju koji je konkretno utvrđen već prije slanja, nego se prikaže u ulaznom spremniku nasumično odabranog korisnika?

4. Je li riječ o uporabi elektroničke pošte u svrhu izravnog marketinga u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 isključivo ako se utvrdi opterećenje za korisnika koje nadilazi neugodnost?

5. Je li riječ o pojedinačnom oglašavanju koje ispunjava uvjete „nuđenja" u smislu prve rečenice točke 26. Priloga I. Direktivi [2005/29] isključivo ako se klijent kontaktira tradicionalnim sredstvom namijenjenim individualnoj komunikaciji između pošiljatelja i primatelja ili je dovoljno da se, kao što je to slučaj s oglašavanjem o kojem je riječ u ovom sporu, pojedinačna veza uspostavi prikazom oglasa u ulaznom spremniku privatnog računa elektroničke pošte i, prema tome, na mjestu u kojem klijent očekuje poruke koje su mu pojedinačno upućene?"

37. Pisana očitovanja podnijeli su Interactive Media, eprimo, portugalska vlada i Europska komisija. StWL, Interactive Media, eprimo i Komisija u za to određenom roku u pisanom su obliku odgovorili na pitanja koja je postavio Sud.

IV. Analiza

38. Zahtjevom za prethodnu odluku od Suda se traži da odluči o tome može li se smatrati, i ako može pod kojim uvjetima, da je praksa na temelju koje se reklamne poruke prikazuju u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte koja se tom korisniku pruža besplatno i koju plaćenim oglašavanjem financiraju oglašivači, usklađena s relevantnim odredbama Direktive 2002/58 i Direktive 2005/29.

39. Kao što to proizlazi iz točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29, primjenjuje se zabrana „[u]strajno[g] a neželjeno[g] nuđenj[a] telefonom, faksom, e-poštom ili drugim sredstvom daljinske komunikacije, osim u slučaju i u mjeri u kojoj je to opravdano radi nacionalnim propisima predviđenog ispunjenja ugovorne obveze" a da se pritom ne dovode u pitanje pravila koja su, među ostalim, navedena u Direktivi 2002/58. Kao što to sud koji je uputio zahtjev traži od Suda, ispitat ću stoga redom pitanja koja se odnose na tumačenje, s jedne strane, Direktive 2002/58 i, s druge strane, Direktive 2005/29.

A. Tumačenje relevantnih odredbi Direktive 2002/58

40. Svojim *prvim i drugim pitanjem* sud koji je uputio zahtjev u biti traži od Suda da odluči jesu li kriteriji koji omogućuju definiranje elektroničke pošte u smislu članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58 ispunjeni u slučaju reklamne poruke koja se prikazuje u ulaznom spremniku računa korisnika usluge elektroničke pošte. Konkretnije, sud koji je uputio zahtjev pita može li se smatrati da je poruka „poslana" u smislu te odredbe ako je taj korisnik nije poslao drugom korisniku posredstvom pružatelja usluga na elektroničku adresu tog drugog korisnika, nego se poruka automatski prikazuje nakon otvaranja internetske stranice lozinkom zaštićenog računa elektroničke pošte u ulaznom spremniku nasumično odabranog korisnika. Sud koji je uputio zahtjev pita i je li nužno, kako bi se poruka mogla smatrati „preuzetom" u smislu članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58, da primatelj dobrovoljno pokrene prijenos podataka predmetne poruke ili je dovoljno da se ta poruka pojavi u ulaznom spremniku nakon otvaranja internetske stranice lozinkom zaštićenog računa elektroničke pošte.

41. Svojim *trećim i četvrtim pitanjem* sud koji je uputio zahtjev traži tumačenje pojma „uporaba […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga" u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58. Konkretnije, svojim trećim pitanjem želi znati je li riječ o „elektroničkoj pošti" u smislu te odredbe ako poruka nije poslana primatelju koji je pojedinačno određen prije prijenosa, nego se prikazuje u ulaznom spremniku nasumično odabranog korisnika. Usto, sud koji je uputio

zahtjev pita je li „uporaba […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga”, u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 utvrđena tek kad se utvrdi da opterećenje za korisnika nadilazi neugodnost koja mu je prouzročena.

42. Na temelju članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58, elektronička pošta definira se kao „svaka tekstualna, glasovna, zvučna ili slikovna poruka”. Taj element definicije nije predmet rasprave u okviru ovog predmeta i sigurno je ispunjen reklamnom porukom kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku.

43. S obzirom na navedeno, potrebno je ispuniti tri druga uvjeta kako bi se poruka mogla kvalificirati kao „elektronička pošta” u smislu te odredbe. Kao prvo, poruka mora biti „poslana preko javne komunikacijske mreže”. Kao drugo, ta se poruka mora moći „pohraniti u mreži ili u primateljevoj terminalnoj opremi”. Kao treće, primatelj mora moći preuzeti navedenu poruku.

44. Dvije se teze suprotstavljaju u pogledu toga ispunjava li reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku ta tri kriterija u potpunosti ili samo djelomično.

45. Prema tezi koja se suprotstavlja kvalificiranju kao „elektronička pošta“, koju zastupaju eprimo i Interactive Media, ne može se smatrati da je reklamna poruka koja se nasumično prikazuje u ulaznom spremniku računa elektroničke pošte poslana, pohranjena i preuzeta u skladu s onim što se zahtijeva člankom 2. drugim stavkom točkom (h) Direktive 2002/58. Argumenti koji se navode u prilog toj tezi temelje se na ideji prema kojoj takva poruka nema obilježja svojstvena tradicionalnoj poruci elektroničke pošte. Kao prvo, jedan je korisnik ne šalje drugom, nego se privremeno i automatski prikazuje u ulaznom spremniku nasumično odabranih korisnikâ. Kao drugo, reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku ne pohranjuje se u mreži ili u primateljevoj terminalnoj opremi. Kao treće, primatelj ne preuzima tu poruku jer preuzimanje pretpostavlja namjerno ponašanje primatelja s ciljem čitanja određene poruke kada je odabere.

46. Teza u korist kvalifikaciji reklamne poruke kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku kao „elektroničke pošte”, koju podupire sud koji je uputio zahtjev i djelomično portugalska vlada, temelji se na nužnosti zadržavanja funkcionalnog tumačenja pojma „elektronička pošta” u svrhu postizanja cilja zaštite privatnosti korisnikâ usluge elektroničke pošte. Posljedica je takvog tumačenja da svaki od kriterija tog pojma treba ocijeniti fleksibilno. Stoga za reklamnu poruku koja je poslana i prikazana u ulaznom spremniku računa korisnika usluge elektroničke pošte treba smatrati da mu je, neovisno o upotrijebljenoj tehnologiji, „poslana preko javne komunikacijske mreže”, u smislu članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58. Okolnost da je ta poruka pohranjena na reklamnom poslužitelju, a ne na terminalnoj opremi primatelja dovoljna je jer se može smatrati da je riječ o pohranjivanju „u mreži” u smislu iste odredbe. Štoviše, treba smatrati da je takva poruka koja se prikazuje nakon otvaranja internetske stranice računa elektroničke pošte preuzeta, kao što se to zahtijeva navedenom odredbom. Što se tiče potonje navedenog, argumentacija portugalske vlade drukčije je jer ona smatra da reklamnu poruku koja se prikazuje u ulaznom spremniku takve pošte primatelj ne može preuzeti. Međutim, budući da se ta poruka i dalje pohranjuje u mreži, to je dovoljno da se kvalificira kao „elektronička pošta” u smislu članka 2. drugog stavka točke (h) Direktive 2002/58.

47. S obzirom na argumente, često tehničke prirode, koji se navode u potporu svakoj od tih dviju teza, sklon sam argumentaciji koju je razvio sud koji je uputio zahtjev u smislu funkcionalnog tumačenja pojma „elektronička pošta", koje može dovesti do zaključka da reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku ispunjava kriterije predviđene u članku 2. drugom stavku točki (h) Direktive 2002/58.

48. U svakom slučaju, smatram da taj pojam ne treba zasebno tumačiti, nego s obzirom na odredbu u kojoj se koristi, odnosno u ovom slučaju članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58. U tom se smislu slažem sa StWL-om i Komisijom koji smatraju da je relevantan pojam koji treba tumačiti u okviru ovog predmeta pojam „uporaba […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga" u smislu te odredbe. Stoga ću svoju analizu usredotočiti na tumačenje navedene odredbe uzimajući u obzir njezin tekst, njezin cilj i potrebu da se zajamči njezin korisni učinak.

49. U tom pogledu navodim da je članak 13. Direktive 2002/58 naslovljen „Neželjene poruke". Ako se uzme u obzir definicija pojma „komunikacija" iz članka 2. drugog stavka točke (d) te direktive, članak 13. navedene direktive može se primijeniti na „svak[u] informacij[u] koja se razmjenjuje ili prenosi između ograničenog broja stranaka putem javno dostupne elektroničke komunikacijske usluge".

50. Ako je komunikacija obuhvaćena područjem primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, ona je dopuštena pod uvjetom da je primatelj prethodno dao svoj pristanak. Iz članka 2. drugog stavka točke (f) Direktive 2002/58, u vezi s člankom 94. stavkom 2. Uredbe 2016/679 proizlazi da taj pristanak treba ispuniti zahtjeve iz članka 2. točke (h) Direktive 95/46 ili pak iz članka 4. točke 11. te uredbe, ovisno o tome koji se od tih dvaju standarda primjenjuje *ratione temporis* na činjenice o kojima je riječ u glavnom postupku. Što se tiče tužbe radi prekida nezakonite poslovne prakse, nije isključeno da se, ako se postupkom koji je pokrenuo StWL nastoji prekinuti eprimovo buduće ponašanje, Uredba 2016/679 primjenjuje *ratione temporis* u okviru glavnog postupka i to iako su se činjenice iz kojih proizlazi taj spor dogodile prije 25. svibnja 2018., kad je ta uredba postala primjenjiva, uzimajući u obzir da je Direktiva 95/46 stavljena izvan snage s učinkom na isti datum [13]. Iz toga slijedi da u najmanju ruku treba biti riječ o dobrovoljno danoj, posebnoj i informiranoj izjavi volje [14].

51. U članku 13. stavku 1. Direktive 2002/58 pojašnjava se na koje se vrste komunikacija primjenjuje zahtjev prethodnog pristanka primatelja tih komunikacija. S jedne strane, riječ je o komunikacijama u svrhu izravnog marketinga, odnosno komercijalnim komunikacijama koje se izravno i pojedinačno upućuju korisnicima usluga elektroničke komunikacije. S druge strane, te komunikacije trebaju doći do potonjih korisnika „[k]orištenje[m] sustava automatskog pozivanja i komuniciranja bez ljudskog djelovanja (automatskih pozivnih naprava), faksimila ili elektroničke pošte".

[13] Vidjeti u tom pogledu presudu od 1. listopada 2019., Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, t. 38. do 43.) kao i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, t. 44. do 49.). Vidjeti i presudu od 11. studenoga 2020., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, t. 28. do 32.).

[14] Naime, kao što je to Sud naveo u presudi od 11. studenoga 2020., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „sadržaj članka 4. točke 11. [Uredbe 2016/679] koji definira ‚privolu ispitanika' […] u svrhu [te uredbe] […], stroži je od onog iz članka 2. točke (h) Direktive 95/46 jer zahtijeva izražavanje želja ispitanika koje je ‚dobrovoljno, posebno, informirano i nedvosmisleno' u obliku izjave ili ‚jasn[e] potvrdn[e] radnj[e]' kojom se daje pristanak na obradu osobnih podataka koji se na njega odnose. Stoga je [navedenom] uredbom od sada izričito predviđena aktivna privola" (t. 36. i navedena sudska praksa).

52. Stoga se članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58 ne može općenito primijeniti na skočne reklame koje se mogu pojaviti tijekom pregledavanja internetskih stranica. Ta se odredba odnosi samo na komunikacije čiji je cilj izravni marketing, koje izravno i pojedinačno dolaze do korisnika upotrebom određenih sredstava elektroničke komunikacije, kao što je elektronička pošta [15].

53. Trenutačna verzija članka 13. Direktive 2002/58 proizlazi iz Direktive 2009/136, u čijoj se uvodnoj izjavi 67. navodi da bi se „[z]aštita koja je osigurana korisnicima, u svrhu zaštite od nedozvoljenog ulaska u njihov privatni prostor, neželjenih poruka čija je namjena izravni marketing, putem elektroničke pošte, *također […] trebalo primjenjivati na tekstualne poruke (SMS), slikovne poruke (MMS) i druge vrste sličnih aplikacija*" [16]. Zakonodavac Unije stoga je želio zadržati široko shvaćanje sredstava elektroničke komunikacije kojima se provode postupci izravnog marketinga, a koja nadilaze samu elektroničku poštu. Takvo široko poimanje također je izraženo u uvodnoj izjavi 40. Direktive 2002/58 u kojoj se ističe potreba da „pretplatnicima treba pružiti zaštitne mehanizme protiv narušavanja njihove privatnosti neželjenim komunikacijama u svrhe izravnog marketinga, *posebno* putem automatiziranih pozivnih uređaja, telefaksa i e-mail poruka, uključujući SMS poruke" [17], na temelju čega se može zaključiti da, osim činjenice da se elektronička pošta ne ograničava samo na poruke elektroničke pošte, popis navedenih sredstava komunikacije nije taksativan. Želju zakonodavca Unije da obuhvati široki spektar komunikacija kojima se provodi izravan marketing potkrepljuje i uvodna izjava 4. Direktive 2002/58 u kojoj se potvrđuje cilj „pruž[anja] jednak[e] razin[e] zaštite osobnih podataka i privatnosti korisnicima javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga, *neovisno o tehnologijama koje se koriste*" [18]. Taj cilj zahtijeva utvrđivanje dinamičnog i tehnološki neutralnog poimanja pojmova navedenih u Direktivi 2002/58.

54. Neovisno o opsegu sredstava komunikacije koja se koriste za izravan marketing i koja su obuhvaćena područjem primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, u situaciji o kojoj je riječ u glavnom postupku čini mi se da je odlučujuće da reklamne poruke o kojima je riječ u glavnom postupku do svojih primatelja doista dolaze *uporabom* elektroničke pošte. Poput Komisija, ističem da se te poruke prikazuju u ulaznom spremniku računa korisnika usluge elektroničke pošte, odnosno na mjestu koje je obično namijenjeno elektroničkoj pošti koju *stricto sensu* čine privatne poruke elektroničke pošte. Pošiljatelj navedenih poruka poslužio se dakle elektroničkom poštom da bi došao do potrošača, tako da je doista riječ o komunikaciji u svrhu izravnog marketinga „putem elektroničke pošte" u skladu s uvodnom izjavom 67. Direktive 2009/136, s obzirom na koju treba tumačiti članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58. Smatram da prikazivanje poruka kao što su one o kojima je riječ u glavnom postupku na popisu privatnih poruka elektroničke pošte stoga treba kvalificirati kao *uporabu* elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga, koja je obuhvaćena područjem primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58.

55. Zbog njezina pojavljivanja u ulaznom spremniku računa korisnika usluge elektroničke pošte, sporna praksa oglašavanja omogućuje izravan i pojedinačan ulaz u privatni prostor tog korisnika, koji čini takav ulazni spremnik, pristup kojem je zaštićen lozinkom, i to s učinkovitošću koja mi se čini usporedivom s učinkovitošću neželjene elektroničke pošte (*spam*). Odabir mjesta

[15] U tom pogledu nije bitno, kao što to proizlazi iz presude od 13. lipnja 2019. Google (C-193/18, EU:C:2019:498), da usluga elektroničke pošte na internetu nije, kao takva, „elektronička komunikacijska usluga" u smislu članka 2. točke (c) Direktive 2002/21, kako je izmijenjena Direktivom 2009/140/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. (SL 2009., L 337, str. 37.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 50., str. 68.), jer u potpunosti ili uglavnom ne uključuje prenošenje signala na elektroničkim komunikacijskim mrežama.

[16] Moje isticanje

[17] Moje isticanje

[18] Moje isticanje

pojavljivanja spornog oglasa u ulaznom spremniku nije slučajan i predstavlja važnu razliku, za potrebe primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, u odnosu na reklamne zastavice koje se pojavljuju na margini i odvojeno od popisa privatnih poruka elektroničke pošte. Naime, pojavljivanjem na istoj razini kao i privatne poruke elektroničke pošte, sporna reklama dobiva istu pažnju koju korisnik posvećuje potonjim porukama. Kao što to pravilno ističe Komisija, u takvom slučaju, gospodarski subjekti koji sudjeluju u širenju tog oglasa upotrebljavaju privatan ulazni spremnik elektroničke pošte, kao i interes i povjerenje koje korisnici usluge elektroničke pošte iskazuju prema tom ulaznom pretincu, pri čemu svojim reklamnim porukama daju izgled koji je, unatoč nekim minimalnim razlikama sličan izgledu privatnih poruka elektroničke pošte. Osim toga, budući da reklamne poruke zauzimaju retke u ulaznom spremniku koji su obično namijenjeni privatnim porukama elektroničke pošte i da sliče tim privatnim porukama, postoji opasnost od zabune između tih dviju kategorija poruka, što korisnika koji klikne na redak koji pripada reklamnoj poruci može protiv njegove volje preusmjeriti na internetsku stranicu koja prikazuje predmetni oglas, umjesto da nastavi pregledavati svoje privatne poruke elektroničke pošte.

56. Kao i Komisija, smatram da zaključak prema kojem se, za razliku od privatnih poruka elektroničke pošte, reklamna poruka pojavljuje na sivoj pozadini, ne zauzima prostor za pohranu i ne nudi uobičajene funkcionalnosti poruke elektroničke pošte ne sprečava da se prizna da postoji narušavanje privatnosti korisnikâ usluge elektroničke pošte. Budući da, time što se pojavljuju na istom popisu kao i privatne poruke elektroničke pošte, reklamne poruke o kojima je riječ u glavnom postupku zahtijevaju istu pažnju i istu radnju u pogledu njihova brisanja kao i neželjene poruke elektroničke pošte (*spam*), intenzitet neugodnosti čini mi se sličnim. K tomu, s obzirom na to da te poruke nemaju iste funkcionalnosti kao poruke elektroničke pošte, to stvara dodatan element neugodnosti u odnosu na neželjene poruke elektroničke pošte (*spam*) s obzirom na to da specifično postupanje koje zahtijevaju može dovesti do pogreške prilikom brisanja ili slučajnih klikova na oglas.

57. Ukratko, čini mi se da povredu privatnosti ovdje obilježava uporaba komunikacijskog sredstva, u ovom slučaju elektroničke pošte, koje je obično rezervirano za slanje i primanje privatne korespondencije. Za razliku od reklamnih zastavica koje se pojavljuju na margini i odvojeno od popisa privatnih poruka elektroničke pošte, pojavljivanje reklamnih poruka o kojima je riječ u glavnom postupku unutar ulaznog spremnika privatne elektroničke pošte, za koji korisnik smatra da pripada privatnom životu, ometa pristup potonjoj pošti u mjeri i na način koji su vrlo slični u slučaju neželjene elektroničke pošte (*spam*). Prema mojem mišljenu, iz toga slijedi da se na taj način ugrožava cilj zaštite korisnika od narušavanja njihove privatnosti neželjenim komunikacijama u svrhe izravnog marketinga, koji se nastoji postići člankom 13., stavkom 1. Direktive 2002/58, u vezi s njezinom uvodnom izjavom 40., kao i uvodnom izjavom 67. Direktive 2009/136. Zadiranje u privatnost uporabom ulaznog spremnika elektroničke pošte stoga je utvrđeno i dovoljno, prema mojem mišljenju, da se tehnika izravnog marketinga o kojoj je riječ u glavnom postupku podvrgne zahtjevu prethodnog pristanka korisnika usluge elektroničke pošte.

58. Prema mojem mišljenju, koristan učinak članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 bio bi narušen kad bi se prihvatilo da se u ulaznom spremniku računa korisnika usluge elektroničke pošte mogu pojaviti reklamne poruke kao što su one o kojima je riječ u glavnom postupku a da on prethodno nije dao svoj pristanak za primanje takvih poruka u tom obliku i na tom mjestu.

59. Cilj koji nastoji postići zakonodavac Unije, koji se sastoji u zaštiti korisnika od trajnog zasićenja njegova ulaznog spremnika ili privatnih telefonskih linija neželjenim komercijalnim porukama ili pozivima, stoga nalaže da se zajamči koristan učinak te odredbe. Time se

podrazumijeva da je treba tumačiti na način da se odnosi na reklamne poruke koje zbog sličnosti s privatnim porukama elektroničke pošte i njihova položaja na popisu privatnih poruka narušavaju privatnost korisnikâ usluga elektroničke pošte. Takvo tumačenje treba utvrditi kako bi se izbjeglo zaobilaženje zahtjeva prethodnog pristanka koji se nalaže člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58, iako reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, prema mojem mišljenju, nedvojbeno predstavlja radnju izravnog marketinga elektroničkim putem za čije se širenje upotrebljava ulazni spremnik koji je obično namijenjen samo privatnoj elektroničkoj pošti i pritom dovodi do istih učinaka i smetnji kao i neželjena reklamna elektronička pošta (*spam*), koja je jedna od glavnih predmeta te odredbe.

60. Osim toga, s obzirom na cilj tehnološke neutralnosti koji također želi postići zakonodavac Unije, kao što sam to prethodno naveo, važno je utvrditi široko tumačenje područja primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 kako bi se mogle razumjeti nove tehnike izravnog marketinga.

61. Kao odgovor na treće pitanje suda koji je uputio zahtjev dodajem da okolnost da se reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, prikazuje u ulaznom spremniku nasumično odabranog korisnika, prema mojem mišljenju, nimalo ne sprečava da se utvrdi da postoji „uporaba […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga” u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58. Naime, poput portugalske vlade, smatram da nasumičan ili unaprijed određen odabir primatelja ne predstavlja uvjet za primjenu te odredbe. Drugim riječima, nije važno je li predmetni oglas upućen unaprijed određenom i pojedinačno utvrđenom primatelju ili je riječ o masovnom i nasumičnom širenju prema više primatelja. Važno je da postoji komercijalna komunikacija koja se izravno i pojedinačno upućuje jednom ili više korisnika usluga elektroničke pošte prikazivanjem u ulaznom spremniku računa tih korisnika elektroničke pošte.

62. U odgovoru na četvrto pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev valja također pojasniti da, kako bi se oglašivačka aktivnost kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku kvalificirala kao „uporaba […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga” u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, nije nužno utvrditi da opterećenje za korisnika nadilazi neugodnost koja mu je prouzročena. Naime, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 40. te direktive, zahtjev prethodnog pristanka predviđen tom odredbom objašnjava se, među ostalim, činjenicom da neželjene komunikacije koje su izvršene u svrhu izravnog marketinga mogu „predstavljati opterećenje i/ili trošak za primatelja”. Budući da su takve komunikacije obuhvaćene područjem primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, valja pretpostaviti da one za tog korisnika predstavljaju opterećenje te nije nužno odrediti nadilazi li to opterećenje neugodnost koja mu je prouzročena.

63. Iz prethodno navedenog proizlazi da je reklamna poruka poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, prema mojem mišljenju, obuhvaćena područjem primjene članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58. Prema tome, radnja izravnog marketinga te vrste nije dopuštena bez prethodnog pristanka primatelja.

64. Kao što sam to prethodno naveo, u najmanju ruku treba biti riječ o dobrovoljno danoj, posebnoj i informiranoj izjavi volje [19].

65. U tom pogledu, sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti je li korisnik prilikom procesa registracije besplatne adrese elektroničke pošte ili u nekom drugom trenutku bio obaviješten o točnim načinima širenja oglasa prilikom otvaranja internetske stranice koja odgovara računu te

[19] Vidjeti točku 50. ovog mišljenja.

pošte. Konkretno, valja osigurati da se tog korisnika jasno i precizno obavijesti da se reklamne zastavice prikazuju ne samo na margini i odvojeno od popisa privatnih poruka elektroničke pošte, nego i na samom tom popisu. Takva informacija treba navedenom korisniku omogućiti da lako odredi posljedice privole koju može dati i jamčiti da je privola dana uz potpuno poznavanje činjenica [20]. Na temelju toga valja provjeriti da je isti korisnik dao svoju privolu posebno na postupak oglašavanja o kojem je riječ u glavnom postupku, odnosno da je izričito pristao na primanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku svojeg računa elektroničke pošte [21].

66. Točno je da se gospodarski model prema kojem funkcioniraju mnogi pružatelji usluga elektroničke pošte na internetu često temelji na oglašavanju. U tom pogledu, korisnik takvih usluga prihvaća da se besplatna usluga na neki način nadoknađuje prikazivanjem oglasa. Međutim, to ne mijenja zahtjev prema kojem se takvo prihvaćanje oglašavanja, ako se ono provodi u samom ulaznom spremniku računa elektroničke pošte, na temelju članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 treba odraziti pristankom korisnika tog računa.

67. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da sudu koji je uputio zahtjev odgovori da članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58 treba tumačiti na način da prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte u obliku sličnom porukama elektroničke pošte i na istom mjestu kao potonje poruke predstavlja „uporab[u] […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga" u smislu te odredbe, pri čemu nasumično određivanje primatelja navedenih poruka nema utjecaja u tom pogledu te nije nužno utvrditi da opterećenje za tog korisnika nadilazi neugodnost koja mu je prouzročena. Sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti je li navedeni korisnik prije prikazivanja takvih reklamnih poruka u ulaznom spremniku svojeg računa elektroničke pošte dao pristanak koji je u najmanju ruku dobrovoljan, poseban i informiran.

B. Tumačenje točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29

68. Svojim petim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li točku 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 tumačiti na način da prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte predstavlja ustrajno i neželjeno nuđenje elektroničkom poštom.

69. U članku 5. stavku 2. Direktive 2005/29 utvrđuju se kriteriji koji omogućuju određivanje je li poslovna praksa nepoštena te se u stavku 4. propisuje da se nepoštenom poslovnom praksom posebno smatra „zavaravajuća" poslovna praksa u smislu članaka 6. i 7. te direktive i „agresivna" poslovna praksa u smislu članaka 8. i 9. navedene direktive. Osim toga, u članku 5. stavku 5. Direktive 2005/29 predviđa se da Prilog I. toj direktivi „sadrži popis postupaka koji predstavljaju takvu praksu, a koji se u svim okolnostima smatraju nepoštenima". U tom se pogledu u uvodnoj izjavi 17. Direktive 2005/29 navodi da se, kako bi se osigurala veća pravna sigurnost, jedino se postupci navedeni u njezinu Prilogu I. u svim okolnostima smatraju nepoštenima, a da se u svakom pojedinom slučaju ne mora provesti njihovo ocjenjivanje s obzirom na odredbe članaka 5. do 9. navedene direktive [22]. S obzirom na to da Prilog I. Direktivi 2005/29 sadržava

[20] Vidjeti osobito presudu od 11. studenoga 2020., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, t. 40. i navedena sudska praksa).

[21] Kao što je to Sud naveo u presudi od 11. studenoga 2020., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „članak 2. točka (h) Direktive 95/46 i članak 4. točka 11. Uredbe 2016/679 zahtijevaju ‚posebnu' izjavu volje u smislu da se mora odnositi upravo na dotičnu obradu podataka i ne može se zaključiti iz izjave volje koja ima drugačiji cilj" (točka 38. i navedena sudska praksa).

[22] Vidjeti osobito presudu od 13. rujna 2018., Wind Tre i Vodafone Italia (C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:710, t. 40. i navedena sudska praksa).

cjelovit i iscrpan popis, poslovnu praksu iz glavnog postupka u smislu te direktive može se kvalificirati kao agresivnu poslovnu praksu u svim okolnostima samo pod uvjetom da odgovara jednoj od situacija koje su navedene u točkama 24. do 31. tog priloga [23].

70. Kao „[a]gresivna poslovna praksa", navedena u tom Prilogu I., u točki 26. navodi se „[u]strajno, a neželjeno nuđenje telefonom, faksom, e-poštom ili drugim sredstvom daljinske komunikacije, osim u slučaju i u mjeri u kojoj je to opravdano radi nacionalnim propisima predviđenog ispunjenja ugovorne obveze".

71. Kao što sam to prethodno naveo, reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku izravno se i osobno upućuje korisniku usluge elektroničke pošte s obzirom na to da se prikazuje među privatnim porukama elektroničke pošte u ulaznom spremniku računa tog korisnika. Iz perspektive navedenog korisnika, ta reklamna poruka ima izgled poruke elektroničke pošte koja mu je osobno poslana. Kao što to navodi Komisija, učinak navedene poruke stoga je sličan učinku pojedinačnog izravnog marketinga, neovisno o tome je li oglašivač pojedinačno odredio tog određenog primatelja tijekom tehničke pripreme predmetne poruke i tretira li se ta poruka drukčije od poruka elektroničke pošte u smislu prostora za pohranu i funkcionalnosti.

72. Stoga smatram da reklamna poruka kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, koja ima obilježja izravnog marketinga i prosljeđuje se u tu svrhu, predstavlja „nuđenje" korisnicima usluga elektroničke pošte jer im je upućena izravno i pojedinačno na mjestu koje je namijenjeno njihovoj privatnoj elektroničkoj pošti.

73. Što se tiče obilježja koja moraju imati „nuđenja" kako bi bila obuhvaćena točkom 26. Priloga I. Direktivi 2005/29, odnosno da moraju biti „ustrajna" i „neželjena", smatram da je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri jesu li ona prisutna u okviru glavnog postupka. U svrhu te provjere, pojašnjavam da prikazivanje reklamne poruke kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, s obzirom na definiciju koja se u članku 8. Direktive 2005/29 daje za ono što predstavlja agresivnu poslovnu praksu, treba biti dovoljno često i redovito da bi se moglo kvalificirati kao „ustrajno nuđenje", što mi se čini da je slučaj kad je riječ o poruci koja se pojavila samo tri puta. Suprotno tomu, prema mojem mišljenju, bila bi riječ o „neželjenom nuđenju" kad bi se utvrdilo da korisnik usluge elektroničke pošte nije dao svoj pristanak prije prikazivanja reklamnih poruka u ulaznom spremniku svojeg računa elektroničke pošte. Valja uzeti u obzir i činjenicu da je taj korisnik 20. prosinca 2016. eprimu uputio pismo opomene u pogledu oglasa od 12. prosinca 2016. i tako izričito obavijestio to društvo da ne želi primati takve oglase.

74. S obzirom na sve te elemente, prema mojem mišljenju, na peto pitanje valja odgovoriti da pojam „ustrajno, a neželjeno nuđenje […] e-poštom" u smislu točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 treba tumačiti na način da može obuhvaćati ponašanje kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku, koje uključuje prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte u obliku sličnom porukama elektroničke pošte i na istom mjestu kao potonje poruke. Međutim, sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti, s jedne strane, je li prikazivanje tih reklamnih poruka bilo dovoljno često i redovito kako bi se moglo kvalificirati kao „ustrajno" nuđenje i, s druge strane, može li se prikazivanje navedenih poruka kvalificirati kao „neželjeno" nuđenje s obzirom na to postoji li prethodni pristanak tog korisnika za to prikazivanje, kao i protivi li se navedeni korisnik takvom postupku oglašavanja.

[23] Vidjeti presudu od 12. lipnja 2019., Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, t. 25.).

V. Zaključak

75. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

1. Članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama), kako je izmijenjena Direktivom 2009/136/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009., treba tumačiti na način da prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte u obliku sličnom porukama elektroničke pošte i na istom mjestu kao potonje poruke predstavlja „uporab[u] […] elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga" u smislu te odredbe, pri čemu nasumično određivanje primatelja navedenih poruka nema utjecaja u tom pogledu te nije nužno utvrditi da opterećenje za tog korisnika nadilazi neugodnost koja mu je prouzročena. Sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti je li navedeni korisnik prije prikazivanja takvih reklamnih poruka u ulaznom spremniku svojeg računa elektroničke pošte dao pristanak koji je u najmanju ruku dobrovoljan, poseban i informiran.

2. Pojam „ustrajno, a neželjeno nuđenje […] e-poštom" u smislu točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi") treba tumačiti na način da može obuhvaćati ponašanje kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku, koje uključuje prikazivanje reklamnih poruka u ulaznom spremniku korisnika usluge elektroničke pošte u obliku sličnom porukama elektroničke pošte i na istom mjestu kao potonje poruke. Međutim, sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti, s jedne strane, je li prikazivanje tih reklamnih poruka bilo dovoljno često i redovito da bi se moglo kvalificirati kao „ustrajno" nuđenje i, s druge strane, može li se prikazivanje navedenih poruka kvalificirati kao „neželjeno" nuđenje, s obzirom na to postoji li prethodni pristanak tog korisnika za to prikazivanje, kao i protivi li se navedeni korisnik takvom postupku oglašavanja.