

Predmet C-102/20

**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda**

Datum podnošenja:

26. veljače 2020.

Sud koji je uputio zahtjev:

Bundesgerichtshof (Njemačka)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

30. siječnja 2020.

Tužitelj i podnositelj revizije:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Tuženik i druga stranka u revizijskom postupku:

eprimo GmbH

Intervenijent u potporu tuženiku:

Interactive Media CCSP GmbH

Predmet glavnog postupka

Nepošteno tržišno natjecanje i prestanak protutržišnog oglašavanja

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Tumačenje prava Unije, članak 267. UFEU-a

Prethodna pitanja

1. Je li pojmom slanja u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58/EZ 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/EZ 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. Radi li se također o elektroničkoj pošti u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58/EZ ako poruka nije poslana pojedinačnom primatelju koji je konkretno utvrđen već prije slanja, nego se prikaže u ulaznom spremniku nasumično odabranog korisnika?
 4. Radi li se o uporabi elektroničke pošte u svrhu izravnog marketinga u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58/EZ isključivo ako se utvrdi opterećenje za korisnika koje nadilazi neugodnost?
 5. Radi li se o pojedinačnom oglašavanju koje ispunjava uvjete „nuđenja“ u smislu prve rečenice točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29/EZ 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?

Navedene odredbe prava Unije

Direktiva 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) (SL 2002., L 201, str. 37.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 52., str. 111.), uvodne izjave 1., 12., 26., 27. i 40., članak 1. stavak 1., članak 2. točka (h), članak 2. prva rečenica točke (d), članak 6. stavak 1. i članak 13. stavak 1.

Direktiva 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) (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.), prva rečenica točke 26. Priloga I.

Navedene nacionalne odredbe

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Zakon o zaštiti od nepoštenog tržišnog natjecanja, u daljnjem tekstu: UWG), članak 3., članak 7. stavak 1., članak 7. stavak 2. točke 1., 2. i 3. te članak 8. stavci 1. i 2.

Kratak prikaz činjeničnog stanja i postupka

- 1 Stranke opskrbljuju krajnje kupce električnom energijom. Intervenijent u potporu tuženiku je agencija za oglašavanje.
- 2 Tuženik je povjerio intervenijentu objavljivanje oglasa u ulaznim pretincima elektroničke pošte korisnikâ besplatne usluge elektroničke pošte T-Online. Oglašavanje je provedeno na način da se 15. siječnja 2017. u privatnom poštanskom pretincu korisnika te usluge elektroničke pošte, u području u kojem se prikazuje popis zaprimljene elektroničke pošte (u daljnjem tekstu: ulazni spremnik), a koje se nalazi u zaprimljenoj elektroničkoj pošti, pojavio prikaz oglasa sa sljedećim tekstom: „eprimo Više uštede: povoljna struja i plin. Osigurajte prvorazredne cijene koje nudi eprimo sada uz atraktivan bonus! Više saznajte na eprimo.de”. Slični prikazi oglasa pojavili su se već 12. prosinca 2016. i 13. siječnja 2017. u ulaznom spremniku korisnika.
- 3 Takva reklama prikazuje se na posebnim oglasnim prostorima u ulaznom spremniku poštanskog pretinca besplatne usluge elektroničke pošte koju pruža društvo Telekom Deutschland GmbH. Zove se „T-Online.de Mail Ad”, a mogli su ju naručiti oglašivači tog pružatelja usluga. Internetska stranica koju je pregledao korisnik takvog besplatnog pretinca elektroničke pošte sadržavala je na odgovarajućem mjestu ulaznog spremnika JavaScript-Code reklamnog poslužitelja (TAG). Tako se prilikom otvaranja internetske stranice poslao reklamnom poslužitelju zahtjev („ad-request”) za prikazivanje jedne od reklamnih zastavica („ad-banner”). Reklamni poslužitelj zatim je poslao odgovarajuće parametre internetskom pregledniku korisnika, čime se u ulaznom spremniku korisnika prikazala nasumično odabrana reklamna zastavica. Ako je korisnik kliknuo na prikazani oglas, taj se unos najprije proslijedio reklamnom poslužitelju koji je zabilježio klik i preglednik preusmjerio na stranicu oglašivača. Reklama koja se pojavljuje u ulaznom spremniku sadržavala je riječ „oglas” i mogla se iz ulaznog spremnika ukloniti klikom na simbol križića „x”, koji se nalazi sa strane. Reklama se, za razliku od elektroničke pošte prikazane u korisnikovom ulaznom spremniku, pojavila označena sivom bojom te nije sadržavala ni datum ni pošiljatelja. Osim toga, mogućnosti obrade koje je predvidio pružatelj usluge elektroničke pošte nisu omogućavale da se ta reklama pohrani, na nju odgovori ili proslijedi. Nije bila uključena ni u broj korisnikove nepročitane elektroničke pošte

koji je bio službeno naveden niti je zauzimala prostor za pohranu u korisnikovu ulaznom pretincu.

- 4 Tužitelj tvrdi da je ta reklama protutržišna s obzirom na neprihvatljivu neugodnost i zavaravanje.
- 5 Landgericht (zemaljski sud, Njemačka) je naložio tuženiku da u trgovačkom prometu prestane s oglašavanjem, kako je gore opisano, povezanom s distribucijom električne energije krajnjim potrošačima putem računa elektroničke pošte „T-online.de”.
- 6 Berufungsgericht (žalbeni sud, Njemačka) je povodom žalbe tuženika odbio tužbu uz obrazloženje da sporno prikazivanje oglasa u ulaznom spremniku privatnih pretinaca elektroničke pošte ne predstavlja protutržišnu nezakonitu poslovnu praksu.
- 7 Svojom revizijom, koju je odobrio Berufungsgericht (žalbeni sud), a čije odbijanje zahtjeva tuženik, tužitelj traži potvrdu presude zemaljskog suda.

Kratak pregled obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 8 Uspjeh revizije ovisi o osnovanosti tužiteljeva zahtjeva za prestanak povrede. Ono u skladu s člankom 8. prvom rečenicom stavka 1. UWG-a podrazumijeva da je tuženik ili intervijent kojem je u smislu članka 8. stavka 2. UWG-a povjerio sporno oglašavanje obavljao nezakonitu poslovnu praksu prema člancima 3. ili 7. UWG-a. Sporno tuženikovo postupanje može biti nezakonito u skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 3. UWG-a. Također je moguće da je riječ o nezakonitom oglašavanju u skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 1. UWG-a.
- 9 Osnovanost tužbenog zahtjeva ovisi o tome kako odredbu članka 7. stavka 2. točke 3. UWG-a treba tumačiti s obzirom na odredbe Direktive 2002/58. U tom pogledu postavljaju se pitanja u vezi s tumačenjem članka 2. stavka 2. točke (h) i članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, koja valja razjasniti.
- 10 U skladu s člankom 7. prvom rečenicom stavka 1. UWG-a, nezakonita je poslovna praksa kojom se sudionik na tržištu neprihvatljivo ometa. Neprihvatljivu neugodnost, među ostalim, treba prema članku 7. stavku 2. točke 3. UWG-a uvijek pretpostaviti u slučaju oglašavanja elektroničkom poštom bez prethodnog izričitog pristanka primatelja. Odredba članka 7. stavka 2. točke 3. UWG-a u skladu je s točkom 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 i njome se članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58 prenosi u njemačko pravo. Stoga ju s obzirom na članak 13. stavak 1. Direktive 2002/58 treba tumačiti u skladu s pravom Unije.
- 11 Uporaba elektroničke pošte u svrhu izravnog marketinga može se u skladu s člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58 dopustiti isključivo u slučaju prethodnog pristanka pretplatnika ili korisnika. U skladu s drugom rečenicom članka 2. točkom (h) Direktive 2002/58, „elektronička 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. Dvojbeno je jesu li u okolnostima ovog spora ti uvjeti ispunjeni.

- 12 Najprije valja postaviti pitanje treba li oglašavanje koje je naručio tuženik ili koje je povjerio intervenijentu u smislu članka 8. stavka 2. UWG-a, a koje se prikazuje na posebnim oglasnim prostorima u ulaznim spremnicima pretinaca korisnikâ besplatne usluge elektroničke pošte smatrati elektroničkom poštom u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58.
- 13 Sporno oglašavanje tekstualna je poruka u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58. U skladu s drugom rečenicom članka 2. prvom rečenicom točke (d) Direktive 2002/58, „komunikacija” znači svaka informacija koja se razmjenjuje ili prenosi između ograničenog broja stranaka putem javno dostupne elektroničke komunikacijske usluge. Ti su uvjeti ispunjeni. Tuženikovo oglašavanje sadržava informaciju u obliku teksta kojom se reklamira tuženikova ponuda. Ta se informacija prenosi između ograničenog broja stranaka. Prijenos korisniku računa elektroničke pošte izvršen je na način da je operator reklamnog poslužitelja u realnom vremenu prosljedio komunikaciju u ulazni spremnik elektroničke pošte internetske stranice računa i ondje je prikazao korisniku računa elektroničke pošte nakon što je korisnik svoje internetske stranice elektroničke pošte otvorio internetsku stranicu svojeg računa elektroničke pošte. Osim toga, komercijalna informacija objavljena je putem javno dostupne elektroničke komunikacijske usluge. Oglas je pokrenut otvaranjem korisnikovog računa elektroničke pošte dostupnog na internetu i prikazan na internetskoj stranici u ulaznom spremniku predviđenom za prikaz zaprimljene elektroničke pošte. Stoga je oglas, kao i elektronička pošta, prenesen u elektroničkom obliku na internetu i, prema tome, javno dostupnim sredstvom. Usluga elektroničke pošte dostupna korisnicima putem interneta usluga je elektroničke komunikacije.

Prvo prethodno pitanje

- 14 Prvim prethodnim pitanjem želi se razjasniti je li sporna reklama u ulaznom spremniku također „poslana” u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58.
- 15 Berufungsgericht (žalbeni sud) smatrao je da iz pojma „slanja”, tumačenog zajedno s drugim pojmovima „pošta” i „komunikacijska mreža” iz druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58, proizlazi da se o „elektroničkoj pošti” radi isključivo u slučaju slanja poruke korisnika drugom korisniku putem pružatelja usluga (kao što je, primjerice, pružatelj usluga elektroničke pošte) koji je obavio elektronički prijenos na elektroničku „adresu” (poput, primjerice, adrese elektroničke pošte) drugog korisnika. Takvo upućivanje određenim klijentima ne postoji u spornom slučaju jer se oglašavanje prikazuje isključivo putem reklamnog poslužitelja na određenom prostoru internetske stranice pomoću unaprijed

određenih reklamnih oznaka („ad-tag”)/slotova („ad-slot”) sadržanih na internetskoj stranici.

- 16 U prilog tom stajalištu, utemeljenom na obilježjima tradicionalne elektroničke pošte, govori činjenica da je i zakonodavac Unije prilikom donošenja Direktive 2002/58 e-mail poruku, pored SMS poruke, koja je izričito spomenuta u uvodnoj izjavi 40. Direktive 2002/58, smatrao klasičnim oblikom elektroničke pošte.
- 17 Ako se tumačenje druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58 temelji na tim zahtjevima koje je Berufungsgericht (žalbeni sud) smatrao prikladnima, a koji su utemeljeni na obilježjima tradicionalne elektroničke pošte, u ovom slučaju ne postoji „slanje” komunikacije, tako da sporno oglašavanje u ulaznom spremniku ne predstavlja elektroničku poštu. Oglašavanje u ulaznom spremniku ne šalje korisnik elektroničkih komunikacijskih usluga putem pružatelja usluga (kao što je, primjerice, pružatelj usluga elektroničke pošte) na elektroničku „adresu” (kao što je, na primjer, adresa elektroničke pošte) drugog korisnika, nego se nakon otvaranja računa elektroničke pošte prikazuje putem reklamnog poslužitelja na određenim tomu namijenjenim prostorima ulaznog spremnika elektroničke pošte nasumično odabranog korisnika.
- 18 Tumačenje obilježja „slanja” Berufungsgerichta (žalbeni sud), utemeljeno na obilježjima tradicionalne elektroničke pošte, moglo bi biti protivno zaštitnoj svrsi članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58. Cilj te odredbe, kojom se preuzima pojam elektroničke pošte, definirane u drugoj rečenici članka 2. točki (h) Direktive 2002/58, i uređuje njezina upotreba, zaštita je korisnika od narušavanja njihove privatnosti neželjenim komunikacijama u svrhe izravnog marketinga (vidjeti uvodnu izjavu 40. Direktive 2002/58). Ne čini se da je, uzimajući u obzir predvidivo brz tehnički razvoj, zakonodavac Unije namjeravao statično ograničiti pojam elektroničke pošte na „tradicionalne” oblike e-mail, SMS ili MMS poruka koji su poznati u trenutku stupanja na snagu Direktive. Logičnije je da je u interesu zaštite privatnosti korisnikâ odabrao dinamičan i tehnički neutralan pojam koji omogućuje, primjerice, da se njime obuhvate i elektroničke komunikacije u okviru društvenih mreža koje su tek odnedavno postale relevantne. Budući da na privatnost korisnikâ sredstava elektroničke komunikacije mogu utjecati ne isključivo neželjene komunikacije poslane klasičnim oblicima pojedinačne elektroničke komunikacije, poput e-mail, SMS ili MMS poruke, nego i novi oblici masovne elektroničke komunikacije, čini se primjerenim da se pojam slanja ne tumači na temelju tradicionalnih oblika elektroničke komunikacije, u smislu slanja određenog korisnika drugom prethodno određenom korisniku, nego funkcionalno u smislu prenošenja.
- 19 Ako se prihvati to funkcionalno tumačenje navedenog pojma, utemeljeno na zaštitnoj svrsi članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58, čini se da je oglašavanje o kojem je riječ u glavnom postupku poslano u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58. Tomu u prilog govori i uvodna izjava 40. Direktive 2002/58. Korisnicima javnih elektroničkih komunikacijskih mreža treba u skladu s njom pružiti zaštitne mehanizme protiv narušavanja njihove privatnosti

neželjenim komunikacijama u svrhe izravnog marketinga jer su ti oblici neželjene komercijalne komunikacije relativno jednostavni i jeftini za slanje. Ti su elementi relevantni u pogledu oglašavanja u ulaznom spremniku o kojoj je riječ u ovom predmetu.

Drugo prethodno pitanje

- 20 Drugo prethodno pitanje odnosi se na utvrđivanje zahtjeva koje treba postaviti u pogledu uvjeta propisanog drugom rečenicom članka 2. točkom (h) Direktive 2002/58, prema kojem se komunikacija može pohraniti u mreži ili u primateljevoj terminalnoj opremi sve dok je primatelj ne preuzme.
- 21 Berufungsgericht (žalbeni sud) smatrao je da u slučaju spornog oglašavanja u ulaznom spremniku nije bilo preuzimanja u tom smislu. Iz uvodne izjave 27. Direktive 2002/58 proizlazi prema njegovu mišljenju da preuzimanje poruke podrazumijeva svjesno ponašanje primatelja. Napominje da, nakon što je upoznat s obavijesti, primatelj poruke mora radnjom, to jest intervencijom u vanjski svijet, koja je utemeljena na slobodnoj volji, pristupiti podacima u mrežnom načinu rada. Ističe da je ključno da preuzimatelj može svojim zahtjevom za preuzimanje pokrenuti programsko-tehnički zadan postupak prijenosa podataka. Tvrdi da se u predmetnom slučaju komunikacija nije preuzela u tom smislu. Smatra, naprotiv, da korisnik usluge elektroničke pošte mora na internetskoj stranici Deutsche Telekom isključivo otvoriti uslugu elektroničke pošte internetskim preglednikom kako bi se reklamna zastavica prikazala u realnom vremenu pomoću reklamnog poslužitelja, a da korisnik ne primijeti taj prijenos i da se ne može na temelju slobodne volje odlučiti za ili protiv prikazivanja.
- 22 To je tumačenje u skladu s mogućim smislom pojma „preuzimanja” iz druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58. Osim toga, u prilog njemu mogla bi prema mišljenju tog suda govoriti uvodna izjava 27. Direktive 2002/58. U skladu s njom, kada je riječ o elektronskoj pošti, prijenos je završen čim primatelj pokupi poruku, uobičajeno s poslužitelja svojeg davatelja usluga. Ta bi formulacija mogla upućivati na to da preuzimanje elektroničke pošte podrazumijeva konačnu korisnikovu aktivnost s ciljem prijenosa poruke, uobičajeno s poslužitelja davatelja usluga.
- 23 Sporno oglašavanje u ulaznom spremniku ne ispunjava prema tom strogom tumačenju, koje se pak temelji općenito na elektroničkoj pošti, uvjete koji se odnose na elektroničku poštu u smislu druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive 2002/58. Otvaranjem svojeg računa elektroničke pošte na internetskoj stranici davatelja usluga korisnik izražava svoju volju da se njegove e-mail poruke pohranjene na poslužitelju elektroničke pošte prikazuju i šalju. Međutim, prema životnom iskustvu njegova volja nije u pravilu usmjerena na to da mu reklamni poslužitelj dodatno prikazuje komercijalne komunikacije u ulaznom spremniku njegova računa elektroničke pošte.

- 24 S druge strane, protiv stajališta Berufungsgerichta (žalbeni sud) ponovno govori funkcionalno tumačenje utemeljeno na zaštitnoj svrsi članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58. U skladu s tom odredbom, korisniku treba pružiti zaštitne mehanizme protiv neželjenih komercijalnih komunikacija, koje oglašivači mogu relativno jednostavno i jeftino slati pomoću elektroničke komunikacijske mreže, a predstavljaju opterećenje za korisnika (uvodna izjava 40. Direktive 2002/58). S obzirom na taj cilj ne čini se uopće uvjerljivim razlikovanje između e-mail poruke s reklamnim sadržajem, koja je nedvojbeno obuhvaćena pojmom elektroničke pošte, a koja se možda masovno šalje, i sporne komercijalne komunikacije. Obje poruke nalaze se u ulaznom spremniku i, stoga, u području internetske stranice koju je korisnik otvorio kako bi se upoznao sa svojim porukama elektroničke pošte, a na kojoj se uobičajeno prikazuju e-mail poruke. Osim toga, u pogledu opterećujućeg učinka, koji se nastoji spriječiti člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58, nije bitno prikazuje li komercijalnu komunikaciju u ulaznom spremniku računa elektroničke pošte poslužitelj elektroničke pošte davatelja usluga, reklamni poslužitelj davatelja usluga ili poduzeće koje s njim surađuje. Naprotiv, manje mjerodavno bilo bi ponovno tehničko, a više funkcionalno tumačenje, utemeljeno na zaštitnoj svrsi, kojim se uzima u obzir opterećujući učinak određenog oblika oglašavanja za korisnika. Do toga može doći slanjem i prikazivanjem spornog oglašavanja u ulaznom spremniku računa elektroničke pošte te time u području u kojem korisnik očekuje isključivo poruke elektroničke pošte koje su mu osobno upućene.
- 25 Takvo tumačenje, utemeljeno na zaštitnoj svrsi, također je u skladu s tekстом druge rečenice članka 2. točke (h) Direktive. Riječ je o preuzimanju u smislu korisnikove radnje radi upoznavanja s komunikacijama zaprimljenima u ulaznom spremniku računa elektroničke pošte. Prosljeđivanje oglašavanja u ulazni spremnik pomoću reklamnog poslužitelja pokreće se prema utvrđenjima Berufungsgerichta (žalbeni sud) korisnikovim posjećivanjem njegova računa elektroničke pošte na internetu i njegovom prijavom ondje pomoću njegovih osobnih podataka o pristupu. Činjenica da se korisnik pritom namjerava u pravilu upoznati isključivo s privatnom ili poslovnom elektroničkom poštom, a ne s komercijalnim porukama koje su mu nezanimljive ili neugodne, poput neželjene elektroničke pošte ili oglašavanja, ne dovodi u pitanje postojanje konačne radnje preuzimanja otvaranjem računa elektroničke pošte na internetu.
- 26 Predmetno oglašavanje u ulaznom spremniku bilo je sve do prikazivanja oglašavanja na temelju prijave pohranjeno na reklamnom poslužitelju, to jest na internetu.
- 27 Ništa drukčije ne proizlazi iz uvodne izjave 27. Direktive 2002/58, kojom se određuje da, kada je riječ o elektronskoj pošti, prijenos je završen čim primatelj pokupi poruku, uobičajeno s poslužitelja svojeg davatelja usluga. Već iz same činjenice da su elektroničkom poštom obuhvaćene isključiv poruke pohranjene na poslužitelju davatelja usluga ne može se zaključiti da iz upotrebe izraza „uobičajeno” proizlazi da zakonodavac time nije utvrdio iscrpni konceptualni uvjet, nego da je isključivo opisao uobičajene činjenične okolnosti. Osim toga,

valja uzeti u obzir normativni kontekst uvodne izjave 27. Direktive 2002/58. Ta se odredba odnosi na pitanje u kojem se trenutku trebaju brisati podaci o prometu. U tom pogledu mjerodavan je trenutak završetka prijenosa komunikacije (vidjeti članak 6. stavak 1. i uvodnu izjavu 26. Direktive 2002/58). U tom se kontekstu uvodnom izjavom 27. Direktive 2002/58 upućuje na trenutak završetka prijenosa elektroničke pošte, odnosno čim primatelj pokupi poruku. Nije razvidno da se iz toga mogu izvesti zaključci o mjerodavnim kriterijima za tumačenje u pogledu zaštite korisnikove privatnosti od neželjenog izravnog marketinga putem elektroničke pošte, koja je uređena člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58.

Treće prethodno pitanje

- 28 Trećim prethodnim pitanjem želi se razjasniti radi li se također o elektroničkoj pošti u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58/EZ ako poruka nije poslana pojedinačnom primatelju koji je konkretno utvrđen već prije slanja, nego se, kao u ovom predmetu, nasumično prikaže.
- 29 Berufungsgericht (žalbeni sud) smatrao je da elektronička pošta u smislu članka 7. stavka 2. točke 3. UWG-a pretpostavlja da je slanje „pojedinačno”, to jest da je upućeno konkretnom primatelju, utvrđenom prije slanja i s kojim je zbog toga moguća prethodna komunikacija o pristanku na slanje. To prema njegovu mišljenju proizlazi iz činjenice da dopuštenost oblika oglašavanja uređenih člankom 7. stavkom 2. točkom 2. UWG-a pretpostavlja da je primatelj prethodno dao izričit pristanak. Navodi da zahtjev u pogledu takvog izričitog prethodnog pristanka pretpostavlja sâm po sebi postojanje konkretnog primatelja, koji se oglašivaču može očitovati o tome pristaje li na oglašavanje. Međutim, napominje da se sporno oglašavanje zbog svoje nasumičnosti prikazuje klijentima besplatne usluge elektroničke pošte, pri čemu nije moguća prethodna komunikacija o klijentovoj suglasnosti.
- 30 Sud koji je uputio zahtjev dvoji o tome može li se prihvatiti to stajalište. U skladu s člankom 13. stavkom 1. Direktive 2002/58, uporaba elektroničke pošte u svrhu izravnoga marketinga može se dopustiti isključivo u slučaju prethodnog pristanka pretplatnika ili korisnika. Međutim, iz tog se zahtjeva ne može zaključiti *a contrario* da su dopušteni svi oblici izravnog marketinga putem komunikacijskih mreža bez pristanka kojima se zbog tehničkih postupaka koje upotrebljava oglašivač ne omogućuje pribavljanje pristanka korisnikâ prije uporabe konkretnog oglašavanja.

Četvrto prethodno pitanje

- 31 Četvrtim prethodnim pitanjem želi se razjasniti radi li o uporabi elektroničke pošte u svrhu izravnog marketinga u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58/EZ isključivo ako se utvrdi opterećenje za korisnika koje nadilazi neugodnost, koju je u ovom predmetu utvrdio Berufungsgericht (žalbeni sud).

- 32 Berufungsgericht (žalbeni sud) smatrao je da smisao i svrha članka 7. stavka 2. točke 3. UWG-a, koji se određuju s obzirom na uvodnu izjavu 40. Direktive 2002/58, govore protiv primjene te odredbe na sporno oglašavanje. Točno je da se korisnika usluge elektroničke pošte ometa prikazivanjem oglašavanja unutar ulazne pošte, koje se razvrstava u tek zaprimljenu elektroničku poštu. Osim toga, s obzirom na to da površnom promatraču oglašavanje djeluje kao e-mail poruka te se stoga bolje uoči nego oglašavanje izvan ulaznog poštanskog pretinca, stupanj neugodnosti u tom slučaju treba smatrati višim od onog u slučaju oglašavanja prikazanog na rubu poštanskog pretinca. Međutim, ne radi se o opterećenju koje nadilazi tu neugodnost ili trošku u smislu uvodne izjave 40. Direktive 2002/58. Konkretno, oglašavanje u ulaznom spremniku ne uračunava se u broj nepročitanih e-mail poruka niti zauzima prostor poštanskog pretinca za pohranu. Zbog vizualnih razlika između e-mail poruka i oglašavanja ne postoji ni radno opterećenje koje se odnosi na odvajanje važnih elektroničkih poruka od promidžbenog otpada.
- 33 Ne može se jednoznačno odgovoriti na pitanje treba li prihvatiti to tumačenje. Tumačenje Berufungsgerichta (žalbeni sud) moglo bi se potkrijepiti tekстом uvodne izjave 40. Direktive 2002/58. Ondje nije riječ o neugodnostima za korisnika. Umjesto toga, korisnicima javnih elektroničkih komunikacijskih mreža treba pružiti zaštitne mehanizme protiv narušavanja njihove privatnosti neželjenim komunikacijama u svrhe izravnog marketinga jer su ti oblici neželjene komercijalne komunikacije, s jedne strane, relativno jednostavni i jeftini za slanje, a, s druge strane, mogu predstavljati opterećenje i/ili trošak za primatelja. Štoviše, u određenim slučajevima njihov opseg može također uzrokovati poteškoće za elektroničke komunikacijske mreže i terminalnu opremu S obzirom na to da u ovom predmetu nije riječ o trošku za korisnika ni o poteškoćama za elektroničke komunikacijske mreže ili terminalnu opremu, mjerodavno je ugrožava li se oglašavanjem u ulaznom spremniku privatnost korisnikâ. Uvodnom izjavom 40. Direktive 2002/58 nipošto se izričito ne određuje može li neugodnost biti dovoljna u tom pogledu.
- 34 S druge strane, smislom pojma „opterećenje” obuhvaćena je s obzirom na mjerodavnu zaštitu privatnosti od neželjenog izravnog marketinga i neugodna povreda privatnosti, koja se odražava u činjenici da se potrošač ne suočava s oglašavanjem (isključivo) u područjima internetske stranice koja se uobičajeno upotrebljavaju u tu svrhu, gdje ga lako može zanemariti, nego (i) u ulaznom spremniku računala elektroničke pošte, a time u području internetske stranice davatelja usluga elektroničke pošte, u kojem se prikazuju e-mail poruke koje su korisniku pojedinačno upućene, pa ga u tu svrhu pregledava osobito pažljivo. Valja dodati da se prema životnom iskustvu korisniku čini da se reklamne poruke, koje se pojavljuju u ulaznom spremniku namijenjenom porukama koje su mu osobno upućene, više na njega odnose nego što je to slučaj s reklamnom zastavicom, koja se, primjerice, nalazi na rubu internetske stranice i vidljiva je široj javnosti. Iz toga također može proizlaziti povećan neugodan učinak, ovisno o poruci i predmetu oglašavanja.

- 35 U tom pogledu valja k tomu uzeti u obzir činjenicu da privatni, lozinkom zaštićen račun elektroničke pošte pripada području privatnog života, koji je zaštićen općim pravom osobnosti. U tom se području dotičnu osobu ne treba štiti isključivo od napora koji se od nje traži zato što mora pregledavati poruke koje su joj upućene i odvajati oglašavanje od drugih poruka. Kao odraz njezina osobnog prava na samoodređenje štiti se želja dotične osobe da očuva svoj privatni životni prostor od svake prisile da se suočava s oglašavanjem i njegovim sugestivnim učinkom. Zaštiti privatnosti korisnika u području elektroničkih komunikacija služi u skladu s člankom 1. stavkom 1. te uvodnim izjavama 1., 12. i 40. Direktive 2002/58 i članak 13. stavak 1. te direktive. Osim toga, valja voditi računa o tome da prilikom ocjene neugodnog učinka promidžbene mjere kojom se ugrožava privatnost postoji prema životnom iskustvu opasnost kumuliranja neugodnosti zbog širenja oblika oglašavanja.
- 36 Budući da je s obzirom na tumačenje utemeljeno na zaštitnoj svrsi članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58 mjerodavna zaštita privatnosti, a ne zaštita korisnika od zavaravanja, za potrebe ispitivanja te odredbe nije relevantno to što se izgled oglašavanja koje se prikazuje u ulaznom spremniku korisnikâ razlikuje od e-mail poruka i što se korisniku ta razlika također pojašnjava naznakom „oglas” koja je povezana s oglašavanjem u ulaznom spremniku. Uostalom, izrada poruke i prikaz komercijalne komunikacije te površno čitanje dovode prema životnom iskustvu do utrošenog vremena korisnika, iako on može *a priori* jasno i nedvosmisleno prepoznati i izbrisati reklamnu poruku koja se nalazi u ulaznom spremniku njegova računa elektroničke pošte. Okolnosti koje je naveo Berufungsgericht (žalbeni sud), odnosno da se oglašavanje u ulaznom spremniku ne uračunava u broj nepročitanih e-mail poruka niti zauzima prostor poštanskog pretinca za pohranu, nisu zbog istih razloga u suprotnosti sa zaključkom o povredi članka 13. stavka 1. Direktive 2002/58.
- 37 Iz prethodno navedenog proizlazi da je, suprotno onomu što smatra Berufungsgericht (žalbeni sud), u pogledu ugrožavanja privatnosti korisnika itekako bitno suočava li se on s oglašavanjem isključivo na mjestima koja se uobičajeno upotrebljavaju za reklamne poruke ili i na području internetske stranice njegova pružatelja elektroničke pošte, u kojem se nalaze e-mail poruke koje su mu osobno upućene i na koje je usmjerena njegova osobita pažnja. U prilog tomu govore i utvrđenja Berufungsgerichta (žalbeni sud). Taj je sud naveo da se korisnika usluge elektroničke pošte ometa prikazivanjem oglašavanja unutar ulazne pošte, koje se razvrstava u tek zaprimljenu elektroničku poštu. S obzirom na to da površnom promatraču oglašavanje može djelovati kao e-mail poruka te se stoga može bolje uočiti nego oglašavanje izvan ulaznog poštanskog pretinca, stupanj neugodnosti u tom slučaju treba smatrati višim od onog u slučaju oglašavanja prikazanog na rubu poštanskog pretinca. Ta su utvrđenja u skladu sa životnim iskustvom.

Peto prethodno pitanje

- 38 Moguće je da je u predmetnom slučaju riječ o nezakonitom oglašavanju u skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 1. UWG-a. Prilikom primjene tih odredbi postavlja se pitanje u vezi s tumačenjem prve rečenice točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 koje je potrebno razjasniti.
- 39 U skladu s člankom 7. stavkom 2. točkom 1. UWG-a, uvijek treba pretpostaviti da se radi o neprihvatljivoj neugodnosti u smislu prve rečenice članka 7. stavka 1. UWG-a u slučaju oglašavanja sredstvom daljinske komunikacije, koje nije navedeno u točkama 2. i 3. te odredbe, a kojim se potrošača ustrajno nudi iako on to očigledno ne želi. Tom se odredbom prenosi prva rečenica točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 i treba ju tumačiti u skladu s tom odredbom. U skladu s prvom rečenicom točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29, agresivnu poslovnu praksu, koja se s obzirom na sve okolnosti smatra nepoštenom, predstavlja ustrajno, a neželjeno nuđenje telefonom, faksom, e-poštom ili drugim sredstvom daljinske komunikacije, osim u slučajevima koji nisu relevantni u ovom predmetu i u mjeri u kojoj je to opravdano radi nacionalnim propisima predviđenog ispunjenja ugovorne obveze. U predmetnom slučaju postavlja se pitanje tumačenja te odredbe prava Unije na koje se ne može jednoznačno odgovoriti.
- 40 Petim prethodnim pitanjem želi se utvrditi zahtjeve koji se postavljaju u pogledu „nuđenja” u smislu prve rečenice točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29.
- 41 Obilježje nuđenja podrazumijeva oglašavanje koje je ciljano upućeno pojedinačnom klijentu. U tom se pogledu postavlja pitanje radi li se o pojedinačnom oglašavanju koje ispunjava uvjete nuđenja isključivo ako se klijent kontaktira tradicionalnim sredstvom namijenjenim individualnoj komunikaciji između pošiljatelja i primatelja, kao što je telefon, faks ili e-pošta, 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, u području u kojem klijent očekuje poruke koje su mu pojedinačno upućene.
- 42 Tekst prve rečenice točke 26. Priloga I. Direktivi 2005/29 dopušta oba tumačenja. Na zaštitnu svrhu te odredbe također bi trebalo utjecati to da se klijentu, kao što je već objašnjeno, oglašavanjem u ulaznom spremniku ugrožava njegova privatnost te ga se, osim toga, u većoj mjeri ometa nego što je to slučaj s tradicionalnim oglašavanjem reklamnim zastavicama na područjima internetske stranice koja su tomu uobičajeno namijenjena i nisu pojedinačno upućena.