Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΆΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΎ ΕΙΣΑΓΓΕΛΈΑ
JEAN RICHARD DE LA TOUR
της 24ης Ιουνίου 2021 [1]

Υπόθεση C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
κατά
eprimo GmbH
παρισταμένης της:
Interactive Media CCSP GmbH

[αίτηση του Bundesgerichtshof
(Ανώτατου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου, Γερμανία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Οδηγία 2002/58/ΕΚ – Επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών – Διαφημιστικό μήνυμα που προβάλλεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου – Άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η΄ – Έννοια του "ηλεκτρονικού ταχυδρομείου" – Άρθρο 13, παράγραφος 1 – Έννοια της "χρησιμοποίησης ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης" – Οδηγία 2005/29/ΕΚ – Αθέμιτες εμπορικές πρακτικές – Παράρτημα Ι, σημείο 26 – Έννοια της " συνεχούς και ανεπιθύμητης άγρας πελατών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου"»

I. Εισαγωγή

1. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η΄, και του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Ιουλίου 2002, σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία για την προστασία ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες) [2], όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2009/136/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Νοεμβρίου 2009 [3] (στο εξής: οδηγία 2002/58), καθώς και του παραρτήματος Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του

[1] Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

[2] ΕΕ 2002, L 201, σ. 37.

[3] ΕΕ 2009, L 337, σ. 11.

Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ, 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου («Οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές») [4].

2. Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ της StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (στο εξής: StWL) και της eprimo GmbH, δύο εταιριών που παρέχουν ηλεκτρική ενέργεια σε τελικούς πελάτες, με αντικείμενο τη συμβατότητα, προς την εθνική νομοθεσία περί αθέμιτου ανταγωνισμού, διαφημιστικής δραστηριότητας της Interactive Media CCSP GmbH (στο εξής: Interactive Media), κατόπιν ανάθεσης της eprimo, συνιστάμενης στην εμφάνιση διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων των χρηστών της δωρεάν υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου «T-Online».

3. Ο χαρακτηρισμός της επίμαχης στην υπόθεση της κύριας δίκης διαφημιστικής μεθόδου είναι δυσχερής, διότι, αφενός, διαφέρει από το τεχνικό πρότυπο του ηλεκτρονικού μηνύματος και, αφετέρου, προσομοιάζει, όσον αφορά τον παραλήπτη, με το αυτόκλητο ηλεκτρονικό μήνυμα (spam), κύριο αντικείμενο του σκοπού της προστασίας τον οποίον υπηρετεί, μεταξύ άλλων, το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58.

4. Με τις παρούσες προτάσεις θα προτείνω στο Δικαστήριο, πρώτον, να αποφανθεί ότι το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 έχει την έννοια ότι συνιστά «χρησιμοποίηση […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά τη διάταξη αυτή, η εμφάνιση στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου διαφημιστικών μηνυμάτων που προσομοιάζουν με ηλεκτρονικά μηνύματα και βρίσκονται στην ίδια θέση με αυτά, δεδομένου ότι ο τυχαίος προσδιορισμός των παραληπτών των εν λόγω μηνυμάτων δεν ασκεί συναφώς επιρροή, ενώ δεν απαιτείται να διαπιστωθεί αν η επιβάρυνση του εν λόγω χρήστη υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης. Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν ο εν λόγω χρήστης παρέσχε, τουλάχιστον, ελεύθερη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει συγκατάθεση, πριν από την εμφάνιση τέτοιων διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του.

5. Δεύτερον, θα προτείνω στο Δικαστήριο να αποφανθεί ότι ο όρος «[σ]υνεχής και ανεπιθύμητη άγρα πελατών μέσω […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», κατά το παράρτημα I, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29, έχει την έννοια ότι μπορεί να καταλαμβάνει συμπεριφορές, όπως οι επίμαχες στην υπόθεση της κύριας δίκης, οι οποίες συνίστανται στην εμφάνιση στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου διαφημιστικών μηνυμάτων που προσομοιάζουν με ηλεκτρονικά μηνύματα και βρίσκονται στην ίδια θέση με αυτά. Εντούτοις, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να διακριβώσει, αφενός, αν η εμφάνιση των εν λόγω διαφημιστικών μηνυμάτων ήταν αρκούντως συχνή και τακτική προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως «συνεχής» άγρα πελατών και, αφετέρου, αν η εμφάνιση των μηνυμάτων αυτών μπορεί να χαρακτηριστεί ως «ανεπιθύμητη» άγρα πελατών, λαμβανομένης υπόψη της ύπαρξης ή μη συγκατάθεσης εκ μέρους του εν λόγω χρήστη πριν από την εμφάνιση αυτή, καθώς και της διατυπωθείσας αντίρρησής του προς μια τέτοια διαδικασία.

[4] ΕΕ 2005, L 149, σ. 22.

II. Το νομικό πλαίσιο

A. Το δίκαιο της Ένωσης

1. Η οδηγία 2002/58

6. Οι αιτιολογικές σκέψεις 4 και 40 της οδηγίας 2002/58 έχουν ως εξής:

«(4) Η οδηγία 97/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 15ης Δεκεμβρίου 1997, περί επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και της προστασίας της ιδιωτικής ζωής στον τηλεπικοινωνιακό τομέα [5] απέδωσε τις αρχές που καθορίζονται στην οδηγία 95/46/ΕΚ [του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 24ης Οκτωβρίου 1995, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών [6] με τη μορφή συγκεκριμένων κανόνων για τον τομέα των τηλεπικοινωνιών. Η οδηγία [97/66] πρέπει να προσαρμοσθεί στις εξελίξεις των αγορών και των τεχνολογιών των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, προκειμένου να παρέχει το ίδιο επίπεδο προστασίας των προσωπικών δεδομένων και της ιδιωτικής ζωής σε όλους τους χρήστες υπηρεσιών επικοινωνιών διαθέσιμων στο κοινό, ανεξάρτητα από τις χρησιμοποιούμενες τεχνολογίες. Η εν λόγω οδηγία θα πρέπει, ως εκ τούτου, να καταργηθεί και να αντικατασταθεί από την παρούσα οδηγία.

[…]

(40) Θα πρέπει να παρέχονται στους συνδρομητές εγγυήσεις κατά της διείσδυσης στην ιδιωτική τους ζωή από αυτόκλητες κλήσεις με σκοπό την άμεση εμπορική προώθηση, και δη μέσω αυτοματοποιημένων συστημάτων κλήσης, τηλεομοιοτυπίας (φαξ) και ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, καθώς και μέσω συντόμων μηνυμάτων (SMS). Η αποστολή αυτού του είδους αυτόκλητων εμπορικών κλήσεων ενδέχεται αφενός να είναι σχετικά εύκολη και φθηνή, αφετέρου δε να επιβάλλει στον αποδέκτη κάποια επιβάρυνση ή/και δαπάνη. Επιπλέον, σε ορισμένες περιπτώσεις ο όγκος τους είναι πιθανόν να προξενεί δυσχέρειες στα δίκτυα και στον τερματικό εξοπλισμό ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Λόγω αυτού του είδους αυτόκλητων κλήσεων για άμεση εμπορική προώθηση, είναι δικαιολογημένη η απαίτηση να επιτυγχάνεται η εκ των προτέρων και ρητή συγκατάθεση των αποδεκτών προτού τους σταλούν τέτοιες κλήσεις. Η ενιαία αγορά απαιτεί εναρμονισμένη προσέγγιση ώστε να εξασφαλίζονται απλοί κανόνες για επιχειρηματίες και χρήστες σε όλη την [Ένωση].»

7. Το άρθρο 2 της οδηγίας 2002/58, με τίτλο «Ορισμοί», προβλέπει τα εξής:

«Εκτός αν άλλως ορίζεται, ισχύουν οι ορισμοί που περιλαμβάνονται στην οδηγία [95/46] και την οδηγία 2002/21/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 7ης Μαρτίου 2002, σχετικά με κοινό κανονιστικό πλαίσιο για δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία πλαίσιο) [7].

5 ΕΕ 1998, L 24, σ. 1.

6 ΕΕ 1995, L 281, σ. 31.

7 ΕΕ 2002, L 108, σ. 33.

Επίσης, ισχύουν και οι ακόλουθοι ορισμοί, βάσει των οποίων νοούνται ως:

[…]

δ) “επικοινωνία”, κάθε πληροφορία που ανταλλάσσεται ή διαβιβάζεται μεταξύ ενός πεπερασμένου αριθμού μερών, μέσω μιας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Δεν περιλαμβάνονται πληροφορίες που διαβιβάζονται ως τμήμα ραδιοτηλεοπτικών υπηρεσιών στο κοινό μέσω δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών, εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι πληροφορίες μπορούν να αφορούν αναγνωρίσιμο συνδρομητή ή χρήστη που τις λαμβάνει·

[…]

στ) “συγκατάθεση” του χρήστη ή του συνδρομητή, η συγκατάθεση του προσώπου που αφορούν τα δεδομένα, κατά την έννοια της οδηγίας [95/46[8]] ·

[…]

η) “ηλεκτρονικό ταχυδρομείο”, κάθε μήνυμα με κείμενο, φωνή, ήχο ή εικόνα που αποστέλλεται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών, το οποίο μπορεί να αποθηκεύεται στο δίκτυο ή στον τερματικό εξοπλισμό του παραλήπτη έως ότου ληφθεί από τον παραλήπτη·

[…]».

8. Το άρθρο 13 της οδηγίας 2002/58, με τίτλο «Αυτόκλητες κλήσεις», προβλέπει τα εξής:

«1. Η χρησιμοποίηση αυτόματων συστημάτων κλήσης και επικοινωνίας χωρίς ανθρώπινη παρέμβαση (συσκευές αυτόματων κλήσεων), τηλεομοιοτυπικών συσκευών (φαξ) ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης μπορεί να επιτρέπεται μόνο στην περίπτωση συνδρομητών ή χρηστών οι οποίοι έχουν δώσει εκ των προτέρων τη συγκατάθεσή τους.

2. Παρά την παράγραφο 1, αν ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο αποκτά από τους πελάτες του στοιχεία επαφής του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τους στο πλαίσιο της πώλησης ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, σύμφωνα με την οδηγία [95/46], μπορεί να χρησιμοποιεί τα εν λόγω στοιχεία για την απευθείας εμπορική προώθηση των δικών του παρόμοιων προϊόντων ή υπηρεσιών, υπό την προϋπόθεση ότι οι πελάτες του έχουν σαφώς και ευδιάκριτα την ευκαιρία να αντιτάσσονται, δωρεάν και εύκολα, σε αυτή τη συλλογή και χρησιμοποίηση ηλεκτρονικών στοιχείων επαφής κατά τη στιγμή της συλλογής τους, και τούτο με κάθε μήνυμα, σε περίπτωση που ο χρήστης αρχικά δεν είχε διαφωνήσει με αυτή τη χρήση.

[8] Κατά το άρθρο 2, στοιχείο η′, της οδηγίας 95/46, ως «συγκατάθεση του προσώπου στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα» νοείται «κάθε δήλωση βουλήσεως, ελευθέρας, ρητής και εν πλήρει επιγνώσει, με την οποία το πρόσωπο στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα δέχεται να αποτελέσουν αντικείμενο επεξεργασίας τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν». Η οδηγία αυτή καταργήθηκε, με ισχύ από τις 25 Μαΐου 2018, από τον κανονισμό (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27ης Απριλίου 2016, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων) (ΕΕ 2016, L 119, σ. 1), του οποίου το άρθρο 4, σημείο 11, ορίζει τη «συγκατάθεση» του υποκειμένου των δεδομένων ως «κάθε ένδειξη βουλήσεως, ελεύθερη, συγκεκριμένη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει, με την οποία το υποκείμενο των δεδομένων εκδηλώνει ότι συμφωνεί, με δήλωση ή με σαφή θετική ενέργεια, να αποτελέσουν αντικείμενο επεξεργασίας τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν». Κατά το άρθρο 94, παράγραφος 2, του κανονισμού αυτού, το οποίο φέρει τον τίτλο «Κατάργηση της οδηγίας [95/46]», «[ο]ι παραπομπές στην καταργούμενη οδηγία θεωρούνται παραπομπές στον παρόντα κανονισμό».

3. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα μέτρα προκειμένου να εξασφαλίζεται ότι οι αυτόκλητες κλήσεις με σκοπό την απευθείας εμπορική προώθηση, σε περιπτώσεις εκτός των προβλεπομένων στις παραγράφους 1 και 2, δεν επιτρέπονται χωρίς τη συγκατάθεση των ενδιαφερόμενων συνδρομητών ή χρηστών ή όταν πρόκειται για συνδρομητές ή χρήστες οι οποίοι δεν επιθυμούν να λαμβάνουν αυτές τις κλήσεις. Την επιλογή μεταξύ των δύο λύσεων καθορίζει η εθνική νομοθεσία, λαμβάνοντας υπόψη ότι και οι δύο επιλογές θα πρέπει να είναι δωρεάν για το συνδρομητή ή τον χρήστη.

4. Εν πάση περιπτώσει, απαγορεύεται η πρακτική της αποστολής μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με σκοπό την άμεση εμπορική προώθηση, τα οποία συγκαλύπτουν ή αποκρύπτουν την ταυτότητα του αποστολέα ή του προσώπου προς όφελος του οποίου αποστέλλεται το μήνυμα, ή κατά παράβαση του άρθρου 6 της οδηγίας 2000/31/ΕΚ [του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 8ης Ιουνίου 2000, για ορισμένες νομικές πτυχές των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας, ιδίως του ηλεκτρονικού εμπορίου, στην εσωτερική αγορά (“οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο”)[9]], ή δίχως έγκυρη διεύθυνση στην οποία ο αποδέκτης να μπορεί να ζητεί τον τερματισμό της επικοινωνίας αυτής, ή με τα οποία ενθαρρύνονται οι αποδέκτες να επισκεφθούν ιστοσελίδες που παραβιάζουν το εν λόγω άρθρο.

[…]»

2. Η οδηγία 2005/29

9. Η αιτιολογική σκέψη 17 της οδηγίας 2005/29 έχει ως εξής:

«Είναι σκόπιμο να καθοριστούν οι εμπορικές πρακτικές που είναι αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις, χάριν μεγαλύτερης ασφάλειας δικαίου. Στο παράρτημα Ι περιλαμβάνεται ο πλήρης κατάλογος όλων αυτών των πρακτικών. Είναι οι μόνες εμπορικές πρακτικές που μπορούν να θεωρηθούν αθέμιτες, χωρίς κατά περίπτωση αξιολόγηση, παρά τις διατάξεις των άρθρων 5 έως 9. Ο κατάλογος μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της οδηγίας.»

10. Το άρθρο 5 της οδηγίας 2005/29 ορίζει τα εξής:

«1. Απαγορεύονται οι αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

2. Μια εμπορική πρακτική είναι αθέμιτη όταν:

α) είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας,

και

β) στρεβλώνει ουσιωδώς ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή στον οποίο φθάνει ή στον οποίο απευθύνεται το προϊόν ή του μέσου μέλους της ομάδας, όταν μια εμπορική πρακτική απευθύνεται σε μια συγκεκριμένη ομάδα καταναλωτών.

[…]

[9] ΕΕ 2000, L 178, σ. 1.

4. Ιδιαιτέρως, εμπορικές πρακτικές, είναι αθέμιτες όταν:

α) είναι παραπλανητικές όπως καθορίζεται στα άρθρα 6 και 7,

ή

β) είναι επιθετικές όπως καθορίζεται στα άρθρα 8 και 9.

5. Το παράρτημα Ι περιέχει τον κατάλογο των εμπορικών πρακτικών που θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις. Ο ίδιος ενιαίος κατάλογος ισχύει σε όλα τα κράτη μέλη και μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της παρούσας οδηγίας.»

11. Το άρθρο 8 της οδηγίας 2005/29 προβλέπει τα εξής:

«Μια εμπορική πρακτική θεωρείται επιθετική εάν, στο πραγματικό της πλαίσιο, λαμβανομένων υπόψη όλων των χαρακτηριστικών της και των περιστάσεων, χρησιμοποιεί παρενόχληση, καταναγκασμό, συμπεριλαμβανομένης και της άσκησης σωματικής βίας, ή κατάχρηση επιρροής και, ως εκ τούτου, παρεμποδίζει σημαντικά ή ενδέχεται να παρεμποδίσει σημαντικά την ελευθερία επιλογής ή συμπεριφοράς του μέσου καταναλωτή ως προς το προϊόν, με αποτέλεσμα να τον οδηγεί ή να είναι πιθανόν να τον οδηγήσει να λάβει απόφαση συναλλαγής που διαφορετικά δεν θα ελάμβανε.»

12. Το παράρτημα Ι της οδηγίας αυτής περιέχει τον κατάλογο των «[ε]μπορικ[ών] πρακτικών οι οποίες, υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, κρίνονται αθέμιτες». Το σημείο 26 του παραρτήματος αυτού εντάσσει στις «[ε]πιθετικές εμπορικές πρακτικές» τη «[σ]υνεχ[ή] και ανεπιθύμητη άγρα πελατών μέσω τηλεφώνου, φαξ ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή άλλων μέσων εξ αποστάσεως, εκτός από περιστάσεις και στο βαθμό που αυτό δικαιολογείται, δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας, για να επιβληθεί εκπλήρωση συμβατικής υποχρέωσης. Αυτό ισχύει υπό την επιφύλαξη […] των οδηγιών [95/46] και [2002/58]».

Β. Το γερμανικό δίκαιο

13. Το άρθρο 3, παράγραφοι 1 και 2, του Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (νόμου περί αθέμιτου ανταγωνισμού)[10], της 3ης Ιουλίου 2004, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της διαφοράς της κύριας δίκης, προβλέπει τα εξής:

«(1) Απαγορεύονται οι αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

(2) Οι εμπορικές πρακτικές που απευθύνονται στους καταναλωτές ή τους αφορούν είναι αθέμιτες όταν δεν συνάδουν προς την επιμέλεια την οποία οφείλουν να επιδεικνύουν οι επιχειρηματίες και όταν είναι ικανές να επηρεάσουν ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του καταναλωτή.»

14. Το άρθρο 5a, παράγραφος 6, του UWG προβλέπει τα εξής:

«Προβαίνει σε πράξη αθέμιτου ανταγωνισμού […] όποιος δεν δηλώνει την πραγματική εμπορική επιδίωξη μιας πρακτικής, όταν αυτή δεν προκύπτει από το συγκεκριμένο πλαίσιο και όταν η

[10] BGBl. 2004 I, σ. 1414 (στο εξής: UWG).

έλλειψη της δήλωσης αυτής μπορεί να ωθήσει τον καταναλωτή να λάβει εμπορική απόφαση την οποία δεν θα είχε λάβει διαφορετικά.»

15. Το άρθρο 7, παράγραφοι 1 και 2, του UWG έχει ως εξής:

«(1) Απαγορεύονται οι εμπορικές πρακτικές οι οποίες συνιστούν ανεπίτρεπτη παρενόχληση σε παράγοντα της αγοράς. Τούτο ισχύει, ειδικότερα, όσον αφορά τη διαφήμιση που εμφανίζεται μολονότι είναι πρόδηλο ότι ο εν λόγω παράγων της αγοράς δεν το επιθυμεί.

(2) Τεκμαίρεται ότι συντρέχει πάντοτε ανεπίτρεπτη παρενόχληση:

1. σε περίπτωση διαφήμισης στο πλαίσιο της οποίας χρησιμοποιείται προς άγραν πελατών μέσο εμπορικής επικοινωνίας εξ αποστάσεως το οποίο δεν μνημονεύεται στα σημεία 2 και 3 της διάταξης αυτής, μολονότι ο καταναλωτής έχει καταστήσει σαφές ότι δεν το επιθυμεί·

[…]

3. σε περίπτωση διαφήμισης στο πλαίσιο της οποίας χρησιμοποιείται αυτοματοποιημένο σύστημα κλήσης, τηλεομοιοτυπίας (φαξ) ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, χωρίς την προηγούμενη ρητή συγκατάθεση του παραλήπτη, ή

4. σε περίπτωση διαφήμισης υπό μορφή μηνύματος

   a) το οποίο αποστέλλεται με συγκάλυψη ή απόκρυψη της ταυτότητας του αποστολέα επ' ονόματι του οποίου λαμβάνει χώρα η εν λόγω επικοινωνία […]

[…]».

16. Κατά το άρθρο 8 του UWG:

«(1) Όποιος προβαίνει σε αθέμιτη εμπορική πράξη κατά την έννοια των άρθρων 3 ή 7 δύναται να εναχθεί προς άρση της προσβολής ή, σε περίπτωση κινδύνου επανάληψής της στο μέλλον, προς παράλειψη της προσβολής. Η αξίωση παραλείψεως υφίσταται ήδη κατά τη στιγμή που επαπειλείται η εκδήλωση τέτοιου είδους αντίθετης προς τα άρθρα 3 ή 7 πρακτικής.

(2) Αν τις παραβάσεις εκ μέρους επιχείρησης διέπραξε υπάλληλος ή εκπρόσωπός της, η αγωγή παραλείψεως και η αγωγή άρσης της προσβολής ασκούνται κατά του ιδιοκτήτη της επιχείρησης.

(3) Την αγωγή της παραγράφου 1 δύναται να ασκήσει:

1. οποιοσδήποτε ανταγωνιστής·

[…]».

III. Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

17. Η StWL και η eprimo είναι ανταγωνιστικές επιχειρήσεις προμήθειας ηλεκτρικής ενεργείας. Κατόπιν ανάθεσης της eprimo, η Interactive Media, διαφημιστικό γραφείο, προέβαλε διαφημιστικά μηνύματα στις θυρίδες ηλεκτρονικής αλληλογραφίας χρηστών της δωρεάν υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου T-Online.

18. Τα διαφημιστικά μηνύματα τα οποία ενημέρωναν για «περισσότερη οικονομία» με την eprimo εμφανίστηκαν στην ιδιωτική θυρίδα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας χρήστη της T-Online και, ειδικότερα, στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων, δηλαδή στο πεδίο όπου εμφανίζονται υπό μορφή καταλόγου τα εισερχόμενα ηλεκτρονικά μηνύματα και μεταξύ των μηνυμάτων αυτών. Σε αντίθεση με τα εν λόγω ηλεκτρονικά μηνύματα, η διαφήμιση, με την ένδειξη «διαφημιστική καταχώριση», έφερε σκίαση γκρίζου χρώματος, δεν περιείχε ημερομηνία ούτε αποστολέα και δεν ήταν δυνατή η αρχειοθέτηση ή η προώθησή της ούτε και η απάντηση σε αυτή με τη χρήση των επιλογών επεξεργασίας ηλεκτρονικών μηνυμάτων τις οποίες προβλέπει ο πάροχος της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Επιπλέον, η διαφήμιση αυτή δεν συμπεριλαμβανόταν στον αριθμό των μη αναγνωσμένων ηλεκτρονικών μηνυμάτων και δεν καταλάμβανε αποθηκευτικό χώρο στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων. Στις 20 Δεκεμβρίου 2016, ο εν λόγω χρήστης απέστειλε εξώδικη όχληση στην eprimo σχετικά με διαφήμιση της 12ης Δεκεμβρίου 2016, με την οποία δήλωσε ρητώς στην εν λόγω εταιρία ότι δεν επιθυμούσε να λαμβάνει τέτοιες διαφημίσεις. Ωστόσο, αντίστοιχα διαφημιστικά μηνύματα εμφανίστηκαν στην ηλεκτρονική θυρίδα του εισερχομένων μηνυμάτων στις 13 και 15 Ιανουαρίου 2017.

19. Τα επίμαχα στην κύρια δίκη διαφημιστικά μηνύματα εμφανίζονται τυχαία στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων των χρηστών της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Κατά το άνοιγμα της ιστοσελίδας λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, υποβάλλεται αίτημα προβολής διαφημίσεων (AdRequest) στον διακομιστή διαφημίσεων, ο οποίος, στη συνέχεια, αποστέλλει τις σχετικές παραμέτρους στον φυλλομετρητή διαδικτύου του χρήστη, προκειμένου να εμφανιστεί μια τυχαία επιλεγείσα διαφήμιση-πανό στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού αυτού. Σε περίπτωση που ο χρήστης επιλέξει με κλικ την προβαλλόμενη διαφήμιση, η επιλογή αυτή διαβιβάζεται στον διακομιστή διαφημίσεων, ο οποίος την καταγράφει και ανακατευθύνει τον φυλλομετρητή στην ιστοσελίδα του διαφημιζομένου.

20. Η StWL, η οποία θεώρησε την εν λόγω διαφημιστική μέθοδο ως αντίθετη προς το δίκαιο του ανταγωνισμού καθόσον συνιστούσε ανεπίτρεπτη παρενόχληση και ήταν παραπλανητική, προσέφυγε ενώπιον του Landgericht Nürnberg-Fürth (πρωτοδικείου της περιφέρειας Νυρεμβέργης-Fürth, Γερμανία), το οποίο διέταξε την eprimo να παύσει, στο πλαίσιο των εμπορικών συναλλαγών και για σκοπούς ανταγωνισμού, την ανάρτηση στον λογαριασμό ηλεκτρονικού ταχυδρομείου T-Online της διαφήμισης η οποία αφορά τη διανομή ηλεκτρικής ενέργειας σε τελικούς καταναλωτές.

21. Η έφεση που άσκησε η eprimo ενώπιον του Oberlandesgericht Nürnberg (εφετείου της περιφέρειας Νυρεμβέργης, Γερμανία) έγινε δεκτή, καθώς το εν λόγω δικαστήριο εκτίμησε ότι η επίμαχη καταχώριση της διαφήμισης στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν συνιστούσε αθέμιτη εμπορική πρακτική υπό το πρίσμα του δικαίου του ανταγωνισμού.

22. Το Oberlandesgericht Nürnberg (εφετείο της περιφέρειας Νυρεμβέργης) έκρινε, αφενός, ότι η επίμαχη διαφήμιση δεν συνιστούσε ανεπίτρεπτη παρενόχληση με τη χρησιμοποίηση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά την έννοια του άρθρου 7, παράγραφος 2, σημείο 3, του UWG, δεδομένου ότι η διαφήμιση αυτή δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως ηλεκτρονικό ταχυδρομείο κατά την εν λόγω διάταξη. Εν πάση περιπτώσει, η εν λόγω διαφήμιση δεν συνεπαγόταν για τον χρήστη της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου επιβαρύνσεις ή δαπάνες οι οποίες υπερέβαιναν τα όρια της «συνήθους» παρενόχλησης την οποία προκαλεί κάθε διαφήμιση και, ως εκ τούτου, δεν συνιστούσε ανεπίτρεπτη παρενόχληση, κατά τη γενική διάταξη του άρθρου 7, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του UWG, λαμβανομένης, ιδίως, υπόψη της δωρεάν παροχής της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

23. Αφετέρου, το εν λόγω δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η επίμαχη διαφήμιση δεν ήταν παράνομη σύμφωνα με το άρθρο 7, παράγραφος 2, σημείο 4, στοιχείο α′, του UWG, διότι δεν πρόκειται για διαφήμιση υπό μορφή μηνυμάτων. Ούτε το άρθρο 7, παράγραφος 2, σημείο 1, του UWG είχε εφαρμογή, καθόσον προϋποθέτει «άγρα πελατών», υπό την έννοια μιας συμπεριφοράς που προκαλεί δυσφορία στον καταναλωτή, η οποία απουσιάζει εν προκειμένω. Τέλος, οι επίμαχες διαφημιστικές καταχωρίσεις δεν μπορούσαν να θεωρηθούν αθέμιτες λόγω του ότι ήταν παραπλανητικές κατά την έννοια του άρθρου 5a, παράγραφος 6, του UWG, καθόσον δεν απέκρυπταν τον διαφημιστικό χαρακτήρα τους.

24. Επιληφθέν αναιρέσεως την οποία άσκησε η StWL, το Bundesgerichtshof (Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο, Γερμανία) εκτιμά ότι η απάντησή του στο ερώτημα αν υφίσταται αξίωση παραλείψεως της επίμαχης πρακτικής εξαρτάται από την ερμηνεία του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχεία δ′ και η′, και του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, καθώς και του παραρτήματος I, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29 και των εννοιών του «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», της «χρησιμοποίησης» και της «άγρας πελατών».

25. Συγκεκριμένα, κατά το αιτούν δικαστήριο, η συμπεριφορά που προσάπτεται στην eprimo μπορεί να κριθεί παράνομη σύμφωνα με το άρθρο 7, παράγραφος 2, σημείο 3, του UWG, το οποίο μεταφέρει στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58. Το εν λόγω δικαστήριο επισημαίνει ότι μπορεί επίσης να θεωρηθεί ότι η διαφήμιση είναι παράνομη σύμφωνα με το άρθρο 7, παράγραφος 2, σημείο 1, του UWG, το οποίο μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο το παράρτημα I, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29.

26. Κατ' αρχάς, όσον αφορά το σκέλος σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 7, παράγραφος 2, σημείο 3, του UWG, το οποίο μεταφέρει στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, το αιτούν δικαστήριο ζητεί από το Δικαστήριο διευκρινίσεις σχετικά με τις έννοιες του «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου» και της «χρησιμοποίησης» αυτού για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης.

27. Προκειμένου να διαπιστωθεί αν η επίμαχη διαφήμιση εμπίπτει στην έννοια του «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», το εν λόγω δικαστήριο διαπιστώνει, κατ' αρχάς, ότι το μήνυμα που διαβιβάστηκε σε πραγματικό χρόνο από τον διαχειριστή του διακομιστή διαφημίσεων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου μετά το άνοιγμα της εν λόγω ιστοσελίδας από τον χρήστη κατόπιν σύνδεσής του, και εμφανίστηκε στην εν λόγω ιστοσελίδα, στην οποία ο χρήστης αυτός μπορούσε να το αναγνώσει, συνιστά «επικοινωνία», κατά την έννοια του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο δ′, της οδηγίας 2002/58. Στη συνέχεια, το δικαστήριο αυτό εκτιμά ότι πρέπει να εξεταστεί αν ένα διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη μπορεί να χαρακτηριστεί ως «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο», κατά την έννοια του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας αυτής.

28. Συναφώς, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται ως προς το κριτήριο της αποστολής του μηνύματος που μνημονεύεται στη διάταξη αυτή. Πράγματι, η διαφήμιση που εμφανίζεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων δεν διαβιβάζεται από τον χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σε άλλο χρήστη, αλλά καταχωρίζεται από διακομιστές διαφημίσεων, μετά το άνοιγμα του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου χρήστη που επιλέγεται τυχαία, σε ορισμένα πεδία της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων τα οποία προβλέπονται για τον σκοπό αυτόν. Αν εφαρμοστούν τα κριτήρια ενός τυπικού ηλεκτρονικού μηνύματος, ενδέχεται να μη συντρέχει «αποστολή» του μηνύματος, οπότε η διαφήμιση που εμφανίζεται στην εν λόγω ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο». Εντούτοις, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν ο σκοπός της προστασίας της ιδιωτικής ζωής του χρήστη ο οποίος εκτίθεται στην αιτιολογική σκέψη 40 και επιδιώκεται με το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 μπορεί να συνηγορεί υπέρ μιας λειτουργικής και όχι τεχνικής προσέγγισης του ορισμού της «αποστολής». Ο σκοπός αυτός θα μπορούσε να δικαιολογήσει την ερμηνεία της έννοιας της «αποστολής» όχι βάσει των παραδοσιακών μορφών ηλεκτρονικής επικοινωνίας, δηλαδή υπό την έννοια της αποστολής από έναν συγκεκριμένο χρήστη σε άλλον προκαθορισμένο χρήστη, αλλά κατά τρόπο λειτουργικό, υπό την έννοια της διάδοσης.

29. Εξάλλου, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται ως προς τον ορισμό της έννοιας της «λήψης» που απαντά στο άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58. Το εν λόγω δικαστήριο εξηγεί ότι από τη διάταξη αυτή, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 27 της ίδιας οδηγίας[11], προκύπτει ότι η λήψη του μηνύματος προϋποθέτει συνειδητή συμπεριφορά του παραλήπτη ο οποίος, ανοίγοντας τον λογαριασμό ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του, εκδηλώνει τη βούλησή του να εμφανιστούν και να διαβιβαστούν σε αυτόν τα ηλεκτρονικά μηνύματά του, τα οποία είναι αποθηκευμένα στον διακομιστή της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, μολονότι, όσον αφορά την επίμαχη διαφήμιση, η οποία είναι αποθηκευμένη σε διακομιστή διαφημίσεων που ελέγχεται από την εταιρία που τις καταχωρεί, ο χρήστης πρέπει απλώς και μόνο να ανοίξει τη σελίδα της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προκειμένου να εμφανιστεί η διαφήμιση-πανό σε πραγματικό χρόνο, χωρίς να αντιλαμβάνεται τη διαδικασία αυτή και χωρίς να μπορεί να αποφασίσει, εκφράζοντας τη βούλησή του, σχετικά με την εμφάνιση της εν λόγω διαφήμισης ή όχι. Εν ολίγοις, η λήψη που μνημονεύεται στο άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58 προϋποθέτει πράξη του χρήστη με σκοπό τη μετάδοση μηνύματος, συνήθως από τον διακομιστή του παρόχου υπηρεσιών. Ωστόσο, το εν λόγω δικαστήριο εκτιμά ότι το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 επιβάλλει την προστασία του χρήστη έναντι αυτόκλητων διαφημιστικών κλήσεων και, επομένως, τη διαπίστωση ότι το άνοιγμα του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στο διαδίκτυο αρκεί για να αποτελέσει τελική πράξη λήψης του μηνύματος.

30. Περαιτέρω, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, πριν από την τοποθέτησή της, η οποία ενεργοποιήθηκε από τη σχετική σύνδεση, στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων, η επίμαχη διαφήμιση ήταν αποθηκευμένη σε διακομιστή διαφημίσεων και, συνεπώς, στο διαδίκτυο. Κατά το εν λόγω δικαστήριο, από την αιτιολογική σκέψη 27 της οδηγίας 2002/58 δεν μπορεί να συναχθεί ότι ένα ηλεκτρονικό ταχυδρομείο περιλαμβάνει μόνο μηνύματα που είναι αποθηκευμένα στον διακομιστή του ίδιου του παρόχου υπηρεσιών.

[11] Κατά την εν λόγω αιτιολογική σκέψη, «[η] ακριβής στιγμή της ολοκλήρωσης της μετάδοσης μιας επικοινωνίας, μετά την οποία τα δεδομένα κίνησης θα πρέπει να διαγράφονται, εκτός μόνον για σκοπούς χρέωσης, μπορεί να εξαρτάται από τον τύπο υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών που παρέχεται. Παραδείγματος χάριν, […] για το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο η μετάδοση ολοκληρώνεται μόλις ο παραλήπτης λάβει το μήνυμα, συνήθως από τον εξυπηρετητή [διακομιστή] του οικείου παρόχου υπηρεσίας».

31. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται επίσης αν υφίσταται «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο», κατά την έννοια του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, όταν ένα μήνυμα δεν αποστέλλεται σε μεμονωμένο παραλήπτη που έχει ήδη επακριβώς προσδιοριστεί πριν από τη διάδοση, αλλά εμφανίζεται, όπως εν προκειμένω, τυχαία. Συναφώς, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι η επίμαχη διαφήμιση εμφανίστηκε τυχαία σε πελάτες δωρεάν υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, χωρίς να είναι δυνατή προγενέστερη επικοινωνία σχετικά με τη συγκατάθεση του πελάτη. Τούτου δοθέντος, το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι από την κατά τη διάταξη αυτή απαίτηση περί προηγούμενης συγκατάθεσης δεν μπορεί να συναχθεί ότι επιτρέπονται όλα τα είδη απευθείας εμπορικής προώθησης μέσω δικτύων επικοινωνίας εφόσον η παροχή συγκατάθεσης των χρηστών της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν είναι εφικτή πριν από την εμφάνιση μιας διαφήμισης, και τούτο λόγω των τεχνικών διαδικασιών τις οποίες χρησιμοποιεί ο διαφημιζόμενος.

32. Επιπροσθέτως, το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι η έννοια της «χρησιμοποίησης» του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, πρέπει να οριστεί και ζητεί να διευκρινιστεί αν, προκειμένου να εμπίπτει στην έννοια αυτή, η συνεπαγόμενη για τον χρήστη «επιβάρυνση» [12] πρέπει να υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης. Συναφώς, το δικαστήριο αυτό διαπιστώνει ότι, δεδομένου ότι η επίμαχη διαφήμιση προβάλλεται ως ηλεκτρονικό μήνυμα και είναι, ως εκ τούτου, πιο εμφανής από μια διαφήμιση εκτός της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων, η παρενόχληση είναι μεγαλύτερη από εκείνη που προκαλείται στην περίπτωση διαφήμισης που εμφανίζεται στο περιθώριο της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων, και ότι, υπό τις συνθήκες αυτές, ενδέχεται να μην είναι δυνατή η επίτευξη του σκοπού της προστασίας της ιδιωτικής ζωής των χρηστών.

33. Ακολούθως, όσον αφορά το σκέλος σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 7, παράγραφος 2, σημείο 1, του UWG, το οποίο μεταφέρει στην εθνική έννομη τάξη το παράρτημα I, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29, το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι πρέπει να προσδιοριστούν τα κριτήρια της «άγρας πελατών», κατά την έννοια της διάταξης αυτής. Κατά το δικαστήριο αυτό, η άγρα πελατών αποκλείεται όταν η επικοινωνία απευθύνεται σε ευρύ κοινό. Αντιθέτως, η άγρα αυτή προϋποθέτει την ύπαρξη διαφήμισης η οποία προβάλλεται στοχευμένα σε συγκεκριμένο πελάτη. Συναφώς, το εν λόγω δικαστήριο διερωτάται αν, προκειμένου να υφίσταται στοχευμένη ατομική διαφήμιση που πληροί τα κριτήρια της άγρας πελατών, πρέπει ο πελάτης να επικοινωνήσει με μέσο που χρησιμοποιείται παραδοσιακά στο πλαίσιο της προσωπικής επικοινωνίας μεταξύ αποστολέα και παραλήπτη, όπως το τηλέφωνο, η τηλεομοιοτυπία (φαξ) ή το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, ή αν αρκεί, όπως εν προκειμένω, για την ύπαρξη σύνδεσης με χρήστη η εμφάνιση της διαφήμισης στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του, δηλαδή στο πεδίο στο οποίο αυτός αναμένει να λάβει μηνύματα που απευθύνονται αποκλειστικά στον ίδιο.

34. Κατά το αιτούν δικαστήριο, στο μέτρο που η διαφήμιση που καταχωρίζεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων προκαλεί στον χρήστη παρενόχληση μεγαλύτερη από την προκληθείσα από παραδοσιακές διαφημίσεις-πανό οι οποίες, με την προβολή τους στα κατά κανόνα προβλεπόμενα για τον σκοπό αυτόν πεδία ενός ιστότοπου, δεν εμφανίζουν τον ίδιο ατομικό χαρακτήρα, διακυβεύεται, πιθανώς και ο σκοπός προστασίας που επιδιώκεται με το παράρτημα I, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29.

[12] Βλ. αιτιολογική σκέψη 40 της οδηγίας 2002/58.

35. Εξάλλου, το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι συντρέχουν οι λοιπές προϋποθέσεις της απαγορευμένης βάσει της διάταξης αυτής πρακτικής. Το εν λόγω δικαστήριο επισημαίνει συναφώς ότι ο χρήστης της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου έλαβε συνολικά τρεις φορές, δηλαδή επανειλημμένα και, ως εκ τούτου, συνεχώς, διαφήμιση προβληθείσα στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του. Η διαφήμιση αυτή ήταν ανεπιθύμητη, καθόσον ο εν λόγω χρήστης είχε δηλώσει ρητώς στην eprimo τη βούλησή του να μη λαμβάνει διαφημιστικά μηνύματα όπως τα επίμαχα στην κύρια δίκη.

36. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Bundesgerichtshof (Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Καλύπτει η έννοια της “αποστολής”, όπως αυτή χρησιμοποιείται στο άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας [2002/58], τις περιπτώσεις στις οποίες ένα μήνυμα δεν αποστέλλεται από έναν χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών προς τη “διεύθυνση” ηλεκτρονικού ταχυδρομείου άλλου χρήστη μέσω επιχείρησης παροχής υπηρεσιών, αλλά, συνεπεία του ανοίγματος ιστοσελίδας που προστατεύεται με κωδικό πρόσβασης και φιλοξενεί λογαριασμούς ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, το μήνυμα εμφανίζεται αυτόματα από διακομιστές διαφημίσεων σε καθορισμένο μέρος της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων ενός χρήστη ο οποίος επιλέγεται με τυχαίο τρόπο (διαφήμιση στη θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων);

2) Προϋποθέτει η λήψη μηνύματος κατά την έννοια του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58 ότι ο παραλήπτης, αφότου λάβει γνώση της ύπαρξης του μηνύματος, ζητώντας εκουσίως την απεικόνιση του περιεχομένου του μηνύματος αυτού, ενεργοποιεί μια προκαθορισμένη τεχνική διαδικασία για τη διαβίβαση των δεδομένων του μηνύματος ή αρκεί ότι η εμφάνιση του μηνύματος στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ενεργοποιείται από τον χρήστη με το άνοιγμα της ιστοσελίδας που προστατεύεται με κωδικό πρόσβασης και φιλοξενεί τον λογαριασμό ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του;

3) Νοείται ως ηλεκτρονικό ταχυδρομείο κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 και η περίπτωση στην οποία το μήνυμα δεν αποστέλλεται σε παραλήπτη που έχει ήδη εξατομικευτεί πριν από τη μετάδοση του μηνύματος, αλλά προβάλλεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων ενός χρήστη ο οποίος επιλέγεται με τυχαίο τρόπο;

4) Συντρέχει χρησιμοποίηση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης κατά την έννοια του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 αποκλειστικά και μόνο σε περίπτωση που διαπιστώνεται ότι η επιβάρυνση του χρήστη υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης που αυτός υφίσταται;

5) Συντρέχει ατομική διαφήμιση που πληροί τις προϋποθέσεις της “άγρας πελατών” κατά την έννοια του σημείου 26, πρώτη περίοδος, του παραρτήματος I της οδηγίας 2005/29 αποκλειστικά και μόνο στην περίπτωση στην οποία η επικοινωνία με τον πελάτη πραγματοποιείται με μέσο που χρησιμοποιείται παραδοσιακά για προσωπική επικοινωνία μεταξύ αποστολέα και παραλήπτη ή αρκεί για την ύπαρξη συνδέσμου με συγκεκριμένο πελάτη –όπως στην περίπτωση της επίμαχης διαφήμισης στο πλαίσιο της υπό κρίση

διαφοράς– η εμφάνιση της διαφήμισης στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων ιδιωτικού λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και, συνεπώς, σε πεδίο στο οποίο ο πελάτης αναμένει τη λήψη μηνυμάτων που απευθύνονται σε αυτόν ατομικά;»

37. Η Interactive Media, η eprimo, η Πορτογαλική Κυβέρνηση και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις. Η StWL, η Interactive Media, η eprimo και η Επιτροπή απάντησαν εντός της ταχθείσας προθεσμίας στις ερωτήσεις προς γραπτή απάντηση που έθεσε το Δικαστήριο.

IV. Ανάλυση

38. Με την υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως το Δικαστήριο καλείται κατ' ουσίαν να αποφανθεί επί του ζητήματος εάν, και, αν ναι, υπό ποιες προϋποθέσεις, μια πρακτική βάσει της οποίας εμφανίζονται διαφημιστικά μηνύματα στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η οποία παρέχεται δωρεάν σε αυτόν και η οποία χρηματοδοτείται από διαφήμιση για την οποία έχουν καταβάλει τίμημα οι διαφημιζόμενοι, μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη με τις σχετικές διατάξεις των οδηγιών 2002/58 και 2005/29.

39. Όπως προκύπτει από το παράρτημα Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29, η απαγόρευση «[σ]υνεχ[ούς] και ανεπιθύμητη[ς] άγρα[ς] πελατών μέσω τηλεφώνου, φαξ ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή άλλων μέσων εξ αποστάσεως, εκτός από περιστάσεις και στο βαθμό που αυτό δικαιολογείται, δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας, για να επιβληθεί εκπλήρωση συμβατικής υποχρέωσης», ισχύει υπό την επιφύλαξη των κανόνων τους οποίους θεσπίζει, ιδίως, η οδηγία 2002/58. Επομένως, όπως ζητεί και το αιτούν δικαστήριο από το Δικαστήριο, θα εξετάσω κατά σειρά τα ερωτήματα σχετικά με την ερμηνεία, αφενός, της οδηγίας 2002/58 και, αφετέρου, της οδηγίας 2005/29.

A. Επί της ερμηνείας των σχετικών διατάξεων της οδηγίας 2002/58

40. Με το *πρώτο και το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα*, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, από το Δικαστήριο να αποφανθεί επί του αν πληρούνται τα κριτήρια που καθιστούν δυνατό τον ορισμό της έννοιας του «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», κατά το άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58, στην περίπτωση διαφημιστικού μηνύματος που εμφανίζεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, το εν λόγω δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν ένα μήνυμα μπορεί να θεωρηθεί ότι «αποστέλλεται», κατά τη διάταξη αυτή, όταν αυτό δεν διαβιβάζεται από τον εν λόγω χρήστη σε άλλο χρήστη, μέσω παρόχου υπηρεσιών, στην ηλεκτρονική διεύθυνση του άλλου χρήστη, αλλά εμφανίζεται αυτόματα, συνεπεία του ανοίγματος της ασφαλούς ιστοσελίδας λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων χρήστη ο οποίος επιλέγεται με τυχαίο τρόπο. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται επίσης αν είναι αναγκαίο, προκειμένου ένα μήνυμα να θεωρείται ότι έχει «ληφθεί», κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58, ο παραλήπτης να ενεργοποιήσει εκουσίως τη διαβίβαση των δεδομένων του επίμαχου μηνύματος ή αν αρκεί το μήνυμα αυτό να εμφανιστεί στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων κατόπιν του ανοίγματος της ιστοσελίδας του ασφαλούς λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

41. Με το *τρίτο και το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα*, το αιτούν δικαστήριο ζητεί την ερμηνεία της έννοιας του όρου «χρησιμοποίηση […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58. Ειδικότερα, το εν λόγω δικαστήριο ερωτά, με το τρίτο ερώτημά του, αν νοείται ως «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο», κατά τα οριζόμενα στη διάταξη αυτή, και η περίπτωση στην οποία το μήνυμα δεν αποστέλλεται σε παραλήπτη που έχει εξατομικευτεί πριν από τη μετάδοση του μηνύματος, αλλά προβάλλεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων τυχαία επιλεγέντος χρήστη. Περαιτέρω, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν συντρέχει «χρησιμοποίηση […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά την έννοια του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 μόνο σε περίπτωση που διαπιστώνεται ότι η επιβάρυνση του χρήστη υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης.

42. Δυνάμει του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58, ως ηλεκτρονικό ταχυδρομείο νοείται «κάθε μήνυμα με κείμενο, φωνή, ήχο ή εικόνα». Το εν λόγω στοιχείο του ορισμού αυτού δεν αμφισβητείται στο πλαίσιο της υπό κρίση υπόθεσης και αναμφίβολα πληρούται στην περίπτωση διαφημιστικού μηνύματος όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη.

43. Κατόπιν των ανωτέρω διευκρινίσεων, άλλα τρία κριτήρια πρέπει να πληρούνται προκειμένου ένα μήνυμα να χαρακτηριστεί «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο», κατά την έννοια της διάταξης αυτής. Πρώτον, το μήνυμα πρέπει να «αποστέλλεται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών». Δεύτερον, το μήνυμα αυτό πρέπει να μπορεί να «αποθηκεύεται στο δίκτυο ή στον τερματικό εξοπλισμό του παραλήπτη». Τρίτον, το εν λόγω μήνυμα πρέπει να μπορεί να ληφθεί από τον παραλήπτη του.

44. Δύο απόψεις αντιπαρατίθενται ως προς το ζήτημα αν ένα διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη πληροί τα εν λόγω τρία κριτήρια, είτε πλήρως είτε μόνον εν μέρει.

45. Κατά την άποψη η οποία αντιτίθεται προς τον χαρακτηρισμό ως «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», την οποία υποστηρίζουν η eprimo και η Interactive Media, ένα διαφημιστικό μήνυμα που εμφανίζεται τυχαία στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων ενός λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποστέλλεται, αποθηκεύεται και έχει ληφθεί όπως απαιτεί το άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58. Τα επιχειρήματα που προβάλλονται προς στήριξη της άποψης αυτής στηρίζονται στην ιδέα ότι το εν λόγω μήνυμα δεν εμφανίζει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά ενός τυπικού ηλεκτρονικού μηνύματος. Πρώτον, το μήνυμα αυτό δεν αποτελεί αντικείμενο αποστολής από έναν χρήστη σε άλλον, αλλά αντικείμενο προσωρινής και αυτοματοποιημένης εμφάνισης στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων τυχαία επιλεγέντων χρηστών. Δεύτερον, ένα διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη δεν αποθηκεύεται στο δίκτυο ή στον τερματικό εξοπλισμό του παραλήπτη. Τρίτον, το μήνυμα αυτό δεν λαμβάνεται από τον παραλήπτη του διότι αυτό προϋποθέτει συνειδητή εκ μέρους του συμπεριφορά με σκοπό να λάβει γνώση συγκεκριμένου μηνύματος επιλέγοντάς το.

46. Η άποψη υπέρ του χαρακτηρισμού ως «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου» ενός διαφημιστικού μηνύματος όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη, την οποία υποστηρίζουν το αιτούν δικαστήριο και, εν μέρει, η Πορτογαλική Κυβέρνηση, βασίζεται στο ότι επιβάλλεται η λειτουργική ερμηνεία της έννοιας «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο» προκειμένου να επιτευχθεί ο σκοπός της προστασίας της ιδιωτικής ζωής των χρηστών υπηρεσιών ηλεκτρονικών ταχυδρομείων. Η ερμηνεία αυτή συνεπάγεται ότι καθένα από τα κριτήρια της εν λόγω έννοιας πρέπει να εκτιμάται κατά τρόπο ευέλικτο. Επομένως, ένα διαφημιστικό μήνυμα το οποίο μεταδίδεται και εμφανίζεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου πρέπει να θεωρηθεί ότι, ανεξαρτήτως της χρησιμοποιηθείσας

τεχνολογίας, «αποστέλλεται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών» στον χρήστη, κατά την έννοια του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58. Το γεγονός ότι το μήνυμα αυτό αποθηκεύεται σε διακομιστή διαφημίσεων και όχι στον τερματικό εξοπλισμό του παραλήπτη αρκεί, διότι θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι πρόκειται για αποθήκευση «στο δίκτυο», όπως ορίζεται στην εν λόγω διάταξη. Επιπλέον, ένα τέτοιο μήνυμα που εμφανίζεται κατά το άνοιγμα της ιστοσελίδας του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου πρέπει να θεωρείται ότι έχει ληφθεί, όπως επιτάσσει η εν λόγω διάταξη. Επί του τελευταίου αυτού ζητήματος, η επιχειρηματολογία της Πορτογαλικής Κυβέρνησης είναι λιγότερο κατηγορηματική, καθώς υποστηρίζει ότι ένα διαφημιστικό μήνυμα που εμφανίζεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων τέτοιου λογαριασμού δεν μπορεί να ληφθεί από τον παραλήπτη του. Ωστόσο, στο μέτρο που το μήνυμα αυτό εξακολουθεί να αποθηκεύεται στο δίκτυο, τούτο αρκεί για τον χαρακτηρισμό του ως «ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», κατά το άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58.

47. Λαμβανομένων υπόψη των συχνά τεχνικών επιχειρημάτων που προβλήθηκαν προς στήριξη των δύο θέσεων, συμμερίζομαι την επιχειρηματολογία του αιτούντος δικαστηρίου προς την κατεύθυνση μιας λειτουργικής ερμηνείας της έννοιας «ηλεκτρονικό ταχυδρομείο», η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι ένα διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη πληροί τα κριτήρια του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο η′, της οδηγίας 2002/58.

48. Εν πάση περιπτώσει, εκτιμώ ότι η έννοια αυτή δεν πρέπει να ερμηνεύεται μεμονωμένα, αλλά λαμβανομένης υπόψη της διάταξης η οποία την χρησιμοποιεί, δηλαδή, εν προκειμένω, το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58. Στο μέτρο αυτό, συντάσσομαι με την άποψη της StWL και της Επιτροπής ώστε να γίνει δεκτό ότι, στο πλαίσιο της υπό κρίση υπόθεσης, πρέπει να ερμηνευθεί η συναφής έννοια της έκφρασης «χρησιμοποίηση […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», όπως ορίζεται στη διάταξη αυτή. Επομένως, θα επικεντρώσω την ανάλυσή μου στην ερμηνεία της εν λόγω διάταξης, λαμβανομένων υπόψη του γράμματός της, του σκοπού που επιδιώκει και της ανάγκης διασφάλισης της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της.

49. Επισημαίνω, συναφώς, ότι το άρθρο 13 της οδηγίας 2002/58 φέρει τον τίτλο «Αυτόκλητες κλήσεις». Βάσει του ορισμού της έννοιας «επικοινωνία» του άρθρου 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο δ′, της οδηγίας αυτής, το άρθρο 13 της εν λόγω οδηγίας έχει εφαρμογή σε «κάθε πληροφορία που ανταλλάσσεται ή διαβιβάζεται μεταξύ ενός πεπερασμένου αριθμού μερών, μέσω μιας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών».

50. Μολονότι η επικοινωνία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, επιτρέπεται μόνον αν έχει προηγουμένως δοθεί συγκατάθεση από τον παραλήπτη της. Όπως προκύπτει από το άρθρο 2, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο στ′, της οδηγίας 2002/58, σε συνδυασμό με το άρθρο 94, παράγραφος 2, του κανονισμού 2016/679, η συγκατάθεση αυτή πρέπει να πληροί τις απαιτήσεις που απορρέουν από το άρθρο 2, στοιχείο η′, της οδηγίας 95/46 ή από το άρθρο 4, σημείο 11, του κανονισμού αυτού, αναλόγως του κανόνα που εφαρμόζεται ratione temporis στα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης της κύριας δίκης. Όσον αφορά την αγωγή παραλείψεως αθέμιτης εμπορικής πρακτικής, δεν αποκλείεται, στην περίπτωση που σκοπός της κινηθείσας από την StWL διαδικασίας είναι να παύσει η συμπεριφορά της eprimo για το μέλλον, ο κανονισμός 2016/679 να έχει εφαρμογή ratione temporis στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης, παρά το γεγονός ότι τα πραγματικά περιστατικά της εν λόγω διαφοράς είναι προγενέστερα της 25ης Μαΐου 2018, ημερομηνίας κατά την οποία ο κανονισμός αυτός κατέστη εφαρμοστέος, δεδομένου ότι η οδηγία 95/46 καταργήθηκε με ισχύ από την ίδια

ημερομηνία [13]. Επομένως, πρέπει να πρόκειται για, τουλάχιστον, ελεύθερη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει δήλωση βούλησης [14].

51. Το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 προσδιορίζει σε ποια είδη κλήσεων ισχύει η απαίτηση προηγούμενης συναίνεσης εκ μέρους των παραληπτών τους. Πρόκειται, αφενός, για κλήσεις που έχουν ως σκοπό την απευθείας εμπορική προώθηση, δηλαδή για εμπορικές κλήσεις οι οποίες απευθύνονται άμεσα και ατομικά σε χρήστες υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Αφετέρου, οι κλήσεις αυτές πρέπει να ανταλλάσσονται με τους εν λόγω χρήστες με τη «[χ]ρησιμοποίηση αυτόματων συστημάτων κλήσης και επικοινωνίας χωρίς ανθρώπινη παρέμβαση (συσκευές αυτόματων κλήσεων), τηλεομοιοτυπικών συσκευών (φαξ) ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου».

52. Επομένως, το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 δεν προορίζεται να έχει γενική εφαρμογή στα διαφημιστικά παράθυρα που ενδέχεται να εμφανίζονται κατά την επίσκεψη σε ιστοσελίδες. Η διάταξη αυτή αφορά αποκλειστικά τις κλήσεις με αντικείμενο την απευθείας εμπορική προώθηση οι οποίες απευθύνονται άμεσα και ατομικά στους παραλήπτες τους μέσω ορισμένων φορέων ηλεκτρονικής επικοινωνίας, όπως το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο [15].

53. Το νυν ισχύον γράμμα του άρθρου 13 της οδηγίας 2002/58 προκύπτει από την οδηγία 2009/136, της οποίας η αιτιολογική σκέψη 67 διευκρινίζει ότι «[ο]ι διασφαλίσεις που παρέχονται στους συνδρομητές κατά της εισβολής στην προσωπική τους ζωή από μη ζητηθείσες επικοινωνίες για άμεσους εμπορευματικούς σκοπούς μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου *ισχύουν επίσης για τα SMS, τα MMS και για άλλα είδη παρεμφερών εφαρμογών*» [16]. Συγκεκριμένα, ο νομοθέτης της Ένωσης είχε την πρόθεση να υιοθετήσει μια ευρεία αντίληψη ως προς τα μέσα ηλεκτρονικής επικοινωνίας με τα οποία πραγματοποιούνται οι ενέργειες απευθείας εμπορικής προώθησης, τα οποία βαίνουν πέραν των απλών ηλεκτρονικών μηνυμάτων. Έκφραση της εν λόγω ευρείας αντίληψης αποτελεί η αιτιολογική σκέψη 40 της οδηγίας 2002/58 η οποία προτάσσει την ανάγκη «να παρέχονται στους συνδρομητές εγγυήσεις κατά της διείσδυσης στην ιδιωτική τους ζωή από αυτόκλητες κλήσεις με σκοπό την άμεση εμπορική προώθηση, *και δη* μέσω αυτοματοποιημένων συστημάτων κλήσης, τηλεομοιοτυπίας (φαξ) και ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, καθώς και μέσω συντόμων μηνυμάτων (SMS)» [17], πράγμα που αφήνει να εννοηθεί ότι, πέραν του ότι στα μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν καταλέγονται μόνον τα ηλεκτρονικά μηνύματα, ο κατάλογος των μνημονευόμενων μέσων επικοινωνίας δεν είναι εξαντλητικός. Η βούληση του νομοθέτη της Ένωσης να καλύψει ένα ευρύ φάσμα επικοινωνιών για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης προκύπτει και από την αιτιολογική σκέψη 4 της οδηγίας 2002/58, με την οποία επιβεβαιώνεται ο σκοπός να «παρέχε[ται] το ίδιο επίπεδο

[13] Πρβλ. απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, σκέψεις 38 έως 43), και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Szpunar στην υπόθεση Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, σημεία 44 έως 49). Βλ., επίσης, απόφαση της 11ης Νοεμβρίου 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, σκέψεις 28 έως 32).

[14] Όπως επισήμανε το Δικαστήριο στην απόφαση της 11ης Νοεμβρίου 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), «η διατύπωση του άρθρου 4, σημείο 11, [του κανονισμού 2016/679], όπου ορίζεται η "συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων", για τους σκοπούς [του κανονισμού αυτού], είναι ακόμη αυστηρότερη από τη διατύπωση του άρθρου 2, στοιχείο η', της οδηγίας 95/46, καθόσον απαιτεί "ελεύθερη, συγκεκριμένη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει" ένδειξη βούλησης, υπό μορφή δήλωσης ή "σαφ[ούς] θετική[ς] ενέργεια[ς]" με την οποία το υποκείμενο των δεδομένων εκδηλώνει τη συμφωνία του για την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν. Συνεπώς, με τον κανονισμό 2016/679 προβλέπεται πλέον ρητώς η παροχή συγκατάθεσης με θετική ενέργεια» (σκέψη 36 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

[15] Όπως προκύπτει από την απόφαση της 13ης Ιουνίου 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), δεν ασκεί επιρροή συναφώς το εάν μια διαδικτυακή υπηρεσία ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν εμπίπτει αυτή καθεαυτήν στις «υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών» κατά την έννοια του άρθρου 2, στοιχείο γ', της οδηγίας 2002/21, όπως έχει τροποποιηθεί από την οδηγία 2009/140/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Νοεμβρίου 2009 (ΕΕ 2009, L 337, σ. 37), καθόσον δεν συνίσταται, εν όλω ή κατά κύριο μέρος, στη μεταφορά σημάτων στα δίκτυα ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

[16] Η υπογράμμιση δική μου.

[17] Η υπογράμμιση δική μου.

προστασίας των προσωπικών δεδομένων και της ιδιωτικής ζωής σε όλους τους χρήστες υπηρεσιών επικοινωνιών διαθέσιμων στο κοινό, *ανεξάρτητα από τις χρησιμοποιούμενες τεχνολογίες*» [18]. Ο σκοπός αυτός επιτάσσει να γίνει δεκτή μια δυναμική και ουδέτερη από τεχνολογικής απόψεως αντίληψη των εννοιών που εκτίθενται στην οδηγία 2002/58.

54. Ανεξαρτήτως της έκτασης των μέσων επικοινωνίας που χρησιμοποιούνται για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, θεωρώ καθοριστικής σημασίας, στο πλαίσιο της επίμαχης στην κύρια δίκη περίπτωσης, το ότι τα επίμαχα στην κύρια δίκη διαφημιστικά μηνύματα προωθούνται στους παραλήπτες τους συνήθως με τη *χρησιμοποίηση* του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Επισημαίνω, όπως επισήμανε και η Επιτροπή, ότι τα μηνύματα αυτά εμφανίζονται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, δηλαδή σε χώρο που συνήθως προορίζεται για τα μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου stricto sensu, δηλαδή για τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα. Επομένως, ο αποστολέας των μηνυμάτων αυτών χρησιμοποιεί το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο για να επικοινωνήσει με τον καταναλωτή, οπότε πρόκειται πράγματι για επικοινωνίες με σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης «μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», σύμφωνα με όσα εκτίθενται στην αιτιολογική σκέψη 67 της οδηγίας 2009/136, υπό το πρίσμα της οποίας πρέπει να ερμηνεύεται το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58. Ως εκ τούτου, η προβολή μηνυμάτων όπως τα επίμαχα στην κύρια δίκη στον κατάλογο των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να χαρακτηριστεί ως *χρησιμοποίηση* του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης και εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58.

55. Λόγω της τοποθέτησής της στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η επίμαχη διαφημιστική πρακτική καθιστά δυνατή την άμεση και εξατομικευμένη επικοινωνία με τον χρήστη αυτόν στο πλαίσιο της σφαίρας της ιδιωτικής ζωής που συνιστά η εν λόγω ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων, στην οποία η πρόσβαση προστατεύεται με κωδικό πρόσβασης, και τούτο κατά τρόπο αποτελεσματικό ο οποίος μπορεί, κατά τη γνώμη μου, να συγκριθεί με εκείνον των αυτόκλητων ηλεκτρονικών μηνυμάτων (spam). Η επιλογή της θέσης της επίμαχης διαφήμισης εντός της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων δεν είναι τυχαία και διαφέρει σημαντικά, για την εφαρμογή του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, από τις διαφημίσεις-πανό που εμφανίζονται στο περιθώριο και εκτός του καταλόγου των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων. Πράγματι, εμφανιζόμενη στο ίδιο επίπεδο με τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα, η επίμαχη διαφήμιση συγκεντρώνει την ίδια προσοχή με εκείνη που επιδεικνύει ο χρήστης στα εν λόγω μηνύματα. Όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή, σε μια τέτοια περίπτωση, οι οικονομικοί φορείς που συμβάλλουν στη μετάδοση της εν λόγω διαφήμισης χρησιμοποιούν την ηλεκτρονική θυρίδα ιδιωτικών εισερχομένων μηνυμάτων, καθώς και το ενδιαφέρον και την εμπιστοσύνη των χρηστών υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου όσον αφορά την εν λόγω ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων, καθιστώντας τα διαφημιστικά μηνύματά τους, παρά τις κάποιες επουσιώδεις διαφορές, όμοια με τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα. Εξάλλου, στο μέτρο που τα διαφημιστικά μηνύματα καταλαμβάνουν ορισμένες γραμμές της οθόνης της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων στις οποίες συνήθως εμφανίζονται τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα και λόγω της ομοιότητάς τους με αυτά, υφίσταται κίνδυνος σύγχυσης μεταξύ των δύο κατηγοριών μηνυμάτων, ο οποίος ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα ο χρήστης που επιλέγει με

[18] Η υπογράμμιση δική μου.

κλικ τη γραμμή που αντιστοιχεί στο διαφημιστικό μήνυμα να ανακατευθυνθεί, παρά τη θέλησή του, σε ιστοσελίδα που προβάλλει την επίμαχη διαφήμιση, αντί να συνεχίσει την ανάγνωση των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων του.

56. Φρονώ, όπως και η Επιτροπή, ότι η διαπίστωση ότι, σε αντίθεση προς τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα, το διαφημιστικό μήνυμα εμφανίζεται με σκίαση γκρίζου χρώματος, δεν αποθηκεύεται και δεν διαθέτει τις συνήθεις λειτουργίες των ηλεκτρονικών μηνυμάτων, δεν εμποδίζει την παραδοχή ότι προσβάλλεται το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή των χρηστών υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Δεδομένου ότι, με την εμφάνισή τους στον ίδιο κατάλογο με τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα, τα επίμαχα στην κύρια δίκη διαφημιστικά μηνύματα απαιτούν την ίδια προσοχή και την ίδια ενέργεια με τα αυτόκλητα ηλεκτρονικά μηνύματα (spam) όσον αφορά τη διαγραφή τους, φρονώ ότι ο βαθμός της παρενόχλησης είναι παρόμοιος. Επιπροσθέτως, το γεγονός ότι τα μηνύματα αυτά δεν διαθέτουν τις ίδιες λειτουργίες με τα ηλεκτρονικά μηνύματα συνεπάγεται πρόσθετη παρενόχληση σε σχέση με τα αυτόκλητα ηλεκτρονικά μηνύματα (spam), δεδομένου ότι η απαιτούμενη ειδική επεξεργασία τους μπορεί να προκαλέσει σφάλματα κατά τη διαγραφή τους ή τυχαία κλικ επί της εν λόγω διαφήμισης.

57. Τελικώς, φρονώ ότι η προσβολή του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή χαρακτηρίζεται στην υπό κρίση περίπτωση από τη χρησιμοποίηση μέσου επικοινωνίας, εν προκειμένω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, το οποίο προορίζεται συνήθως για την αποστολή και τη λήψη ιδιωτικής αλληλογραφίας. Αντίθετα προς τις διαφημίσεις-πανό που εμφανίζονται στο περιθώριο και εκτός του καταλόγου των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων, η εμφάνιση των επίμαχων στην κύρια δίκη διαφημιστικών μηνυμάτων εντός της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων, τα οποία ο χρήστης θεωρεί ως εμπίπτοντα στη σφαίρα της ιδιωτικής του ζωής, δυσχεραίνει την πρόσβαση σε αυτά σε βαθμό και κατά τρόπο παρόμοιο με αυτόν που ισχύει στην περίπτωση των αυτόκλητων ηλεκτρονικών μηνυμάτων (spam). Κατά συνέπεια, φρονώ ότι θίγεται ο σκοπός της προστασίας των χρηστών έναντι προσβολών του δικαιώματός τους στην ιδιωτική ζωή από αυτόκλητες επικοινωνίες που πραγματοποιούνται για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης, τον οποίον επιδιώκει το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα της αιτιολογικής σκέψης 40 της οδηγίας αυτής και της αιτιολογικής σκέψης 67 της οδηγίας 2009/136. Επομένως, η επέμβαση στη σφαίρα της ιδιωτικής ζωής με τη χρησιμοποίηση της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου έχει αποδειχθεί και αρκεί, κατά τη γνώμη μου, για να εξαρτηθεί η επίμαχη στην κύρια δίκη μέθοδος απευθείας εμπορικής προώθησης από την απαίτηση της παροχής προηγούμενης συναίνεσης εκ μέρους του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

58. Κατά τη γνώμη μου, θα θιγόταν η πρακτική αποτελεσματικότητα του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 αν γινόταν δεκτό ότι διαφημιστικά μηνύματα όπως τα επίμαχα στην κύρια δίκη μπορούν να εμφανίζονται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου χωρίς αυτός να έχει προηγουμένως παράσχει τη συγκατάθεσή του για να λαμβάνει τέτοια μηνύματα, υπό τη μορφή αυτή και στην εν λόγω θέση.

59. Επομένως, ο επιδιωκόμενος από τον νομοθέτη της Ένωσης σκοπός, ο οποίος συνίσταται στην προστασία του χρήστη λόγω του μόνιμου κορεσμού των ιδιωτικών ηλεκτρονικών θυρίδων του εισερχομένων μηνυμάτων ή των ιδιωτικών τηλεφωνικών γραμμών του από αυτόκλητα εμπορικά μηνύματα ή αυτόκλητες εμπορικές κλήσεις, επιβάλλει τη διασφάλιση της πρακτικής αποτελεσματικότητας της διάταξης αυτής. Τούτο σημαίνει ότι η διάταξη αυτή έχει την έννοια ότι αφορά διαφημιστικά μηνύματα τα οποία, λόγω της ομοιότητάς τους με ιδιωτικό ηλεκτρονικό

μήνυμα και της τοποθέτησής τους στον κατάλογο των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων, θίγουν την ιδιωτική ζωή των χρηστών υπηρεσιών ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Η ερμηνεία αυτή πρέπει να γίνει δεκτή προκειμένου να αποτραπεί το ενδεχόμενο καταστρατήγησης της απαίτησης περί παροχής προηγούμενης συναίνεσης που επιβάλλεται με το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, μολονότι διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη συνιστά αναμφισβήτητα, κατά τη γνώμη μου, πράξη απευθείας εμπορικής προώθησης με ηλεκτρονικά μέσα η οποία χρησιμοποιεί για τη μετάδοσή της την ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων που συνήθως προορίζεται μόνο για ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα, παράγοντας τα ίδια αποτελέσματα και προκαλώντας την ίδια παρενόχληση με αυτόκλητο ηλεκτρονικό μήνυμα (spam), το οποίο συγκαταλέγεται στα αντικείμενα προστασίας της διάταξης αυτής.

60. Εξάλλου, υπό το πρίσμα του σκοπού της τεχνολογικής ουδετερότητας τον οποίον επίσης επιδιώκει ο νομοθέτης της Ένωσης, πρέπει, όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, να προκριθεί μια ευρεία ερμηνεία του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 προκειμένου να γίνουν πλήρως αντιληπτές οι νέες μέθοδοι άμεσης εμπορικής προώθησης.

61. Προσθέτω, απαντώντας στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου, ότι το γεγονός ότι διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη προβάλλεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων τυχαία επιλεγέντος χρήστη ουδόλως εμποδίζει, κατά τη γνώμη μου, τη διαπίστωση ότι συντρέχει «χρησιμοποίηση […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά την έννοια του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58. Ειδικότερα, εκτιμώ, όπως και η Πορτογαλική Κυβέρνηση, ότι η τυχαία ή προκαθορισμένη επιλογή του παραλήπτη δεν συνιστά προϋπόθεση εφαρμογής της διάταξης αυτής. Με άλλα λόγια, ελάχιστη σημασία έχει το αν η επίμαχη διαφήμιση απευθύνεται σε προκαθορισμένο και ατομικά προσδιορισμένο παραλήπτη ή αν πρόκειται για μαζική και τυχαία διάδοση σε περισσότερους παραλήπτες. Αυτό που έχει σημασία είναι ότι υφίσταται μήνυμα εμπορικού σκοπού το οποίο απευθύνεται άμεσα και ατομικά σε έναν ή περισσότερους χρήστες υπηρεσιών ηλεκτρονικού ταχυδρομείου μέσω της προβολής του στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου των χρηστών αυτών.

62. Πρέπει επίσης να διευκρινιστεί, σε απάντηση του τέταρτου προδικαστικού ερωτήματος που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο, ότι δεν απαιτείται, για τον χαρακτηρισμό μιας διαφημιστικής ενέργειας όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη ως «χρησιμοποίηση[ς] […]ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά την έννοια του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, να διαπιστωθεί ότι η επιβάρυνση του χρήστη υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης. Πράγματι, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 40 της οδηγίας αυτής, η προβλεπόμενη από τη διάταξη αυτή απαίτηση περί προηγούμενης συναίνεσης εξηγείται ιδίως από το γεγονός ότι η πραγματοποίηση αυτόκλητων κλήσεων για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης ενδέχεται «να επιβάλλει στον αποδέκτη κάποια επιβάρυνση ή/και δαπάνη». Δεδομένου ότι οι κλήσεις αυτές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, πρέπει να θεωρηθεί ότι αυτές συνεπάγονται επιβάρυνση για τον παραλήπτη τους χωρίς να χρειάζεται να διαπιστωθεί αν η επιβάρυνση αυτή υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης.

63. Φρονώ ότι από τις προεκτεθείσες εκτιμήσεις συνάγεται ότι διαφημιστικά μηνύματα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58. Επομένως, πράξη απευθείας εμπορικής προώθησης αυτού του είδους δεν επιτρέπεται αν ο παραλήπτης της δεν έχει προηγουμένως παράσχει τη σχετική συγκατάθεση.

64. Όπως προεκτέθηκε, η εν λόγω συγκατάθεση πρέπει να είναι, τουλάχιστον, ελεύθερη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει [19].

65. Συναφώς, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει αν, κατά τη διαδικασία εγγραφής της δωρεάν διεύθυνσης ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή σε άλλο χρονικό σημείο, ο χρήστης είχε λάβει γνώση για τον τρόπο με τον οποίο η διαφήμιση μεταδίδεται κατά το άνοιγμα της ιστοσελίδας του λογαριασμού του εν λόγω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, πρέπει να εξακριβωθεί αν ο χρήστης αυτός ενημερώθηκε κατά τρόπο σαφή και ακριβή ότι διαφημίσεις-πανό εμφανίζονται όχι μόνο στο περιθώριο και εκτός του καταλόγου των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων, αλλά και εντός του καταλόγου αυτού. Η ενημέρωση πρέπει να παρέχει στον εν λόγω χρήστη τη δυνατότητα να προσδιορίσει ευχερώς τις συνέπειες της συγκατάθεσης την οποία θα μπορούσε να δώσει και να εξασφαλίζει ότι η συγκατάθεση αυτή δίδεται εν πλήρει γνώσει της κατάστασης [20]. Επί της βάσεως αυτής, πρέπει να εξεταστεί αν ο εν λόγω χρήστης παρέσχε τη συγκατάθεσή του με συγκεκριμένο τρόπο όσον αφορά την επίμαχη στην κύρια δίκη διαδικασία προβολής διαφημίσεων, δηλαδή αν οφείλει να έχει ρητώς συγκατατεθεί στη λήψη διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου [21].

66. Βεβαίως, το οικονομικό πρότυπο βάσει του οποίου λειτουργούν ορισμένοι πάροχοι υπηρεσιών ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στο διαδίκτυο στηρίζεται συχνά στη διαφήμιση. Συναφώς, ο χρήστης των υπηρεσιών αυτών αποδέχεται ότι η δωρεάν παροχή της υπηρεσίας αντισταθμίζεται κατά κάποιον τρόπο από την εμφάνιση διαφημίσεων. Ωστόσο, τούτο ουδόλως τροποποιεί την απαίτηση κατά την οποία η εν λόγω αποδοχή της διαφήμισης, όταν αυτή εμφανίζεται ακόμη και εντός της ηλεκτρονικής θυρίδας εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, πρέπει, βάσει του άρθρου 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58, να συνίσταται στην παροχή συγκατάθεσης εκ μέρους του χρήστη του λογαριασμού αυτού.

67. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο αιτούν δικαστήριο ότι το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 έχει την έννοια ότι συνιστά «χρησιμοποίηση […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά τη διάταξη αυτή, η εμφάνιση στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου διαφημιστικών μηνυμάτων που προσομοιάζουν με ηλεκτρονικά μηνύματα και βρίσκονται στην ίδια θέση με αυτά, καθώς ο τυχαίος προσδιορισμός των παραληπτών των εν λόγω μηνυμάτων δεν ασκεί συναφώς επιρροή, ενώ δεν απαιτείται να διαπιστωθεί αν η επιβάρυνση του εν λόγω χρήστη υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης που αυτός υφίσταται. Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν ο εν λόγω χρήστης παρέσχε, τουλάχιστον, ελεύθερη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει συγκατάθεση, πριν από την εμφάνιση τέτοιων διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του.

19 Βλ. σημείο 50 των παρουσών προτάσεων.

20 Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 11ης Νοεμβρίου 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, σκέψη 40 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

21 Όπως επισήμανε το Δικαστήριο με την απόφαση της 11ης Νοεμβρίου 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), «η δήλωση βούλησης πρέπει να είναι "ρητή" κατά το άρθρο 2, στοιχείο η', της οδηγίας 95/46, "συγκεκριμένη" δε κατά το άρθρο 4, σημείο 11, του κανονισμού 2016/679, υπό την έννοια ότι πρέπει να αφορά συγκεκριμένα την εν λόγω επεξεργασία δεδομένων και δεν μπορεί να συνάγεται από δήλωση βούλησης η οποία έχει διαφορετικό αντικείμενο» (σκέψη 38 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

Β. Επί της ερμηνείας του παραρτήματος Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29

68. Με το πέμπτο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν το παράρτημα Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29 έχει την έννοια ότι συνιστά συνεχή και ανεπιθύμητη άγρα πελατών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η εμφάνιση διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

69. Το άρθρο 5 της οδηγίας 2005/29 θεσπίζει, με την παράγραφο 2, τα κριτήρια βάσει των οποίων διαπιστώνεται αν μια εμπορική πρακτική έχει αθέμιτο χαρακτήρα και ορίζει, στην παράγραφο 4, ότι είναι αθέμιτες, ιδίως, οι εμπορικές πρακτικές που είναι «παραπλανητικές», κατά την έννοια των άρθρων 6 και 7 της οδηγίας αυτής, και εκείνες που είναι «επιθετικές», κατά την έννοια των άρθρων 8 και 9 της εν λόγω οδηγίας. Το άρθρο 5, παράγραφος 5, της οδηγίας 2005/29 προβλέπει, εξάλλου, ότι το παράρτημα Ι της ίδιας οδηγίας «περιέχει τον κατάλογο των εμπορικών πρακτικών που θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις». Συναφώς, η αιτιολογική σκέψη 17 της οδηγίας 2005/29 διευκρινίζει ότι, χάριν μεγαλύτερης ασφάλειας δικαίου, μόνον οι εμπορικές πρακτικές που απαριθμούνται στο παράρτημα Ι της εν λόγω οδηγίας λογίζονται ως αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις, χωρίς να απαιτείται κατά περίπτωση αξιολόγησή τους βάσει των διατάξεων των άρθρων 5 έως 9 της οδηγίας αυτής[22]. Δεδομένου ότι το παράρτημα Ι της οδηγίας 2005/29 αποτελεί πλήρη και εξαντλητικό κατάλογο, η επίμαχη στην κύρια δίκη εμπορική πρακτική δεν μπορεί να χαρακτηριστεί επιθετική εμπορική πρακτική υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις, κατά την έννοια της οδηγίας αυτής, εκτός εάν αντιστοιχεί σε κάποια από τις περιπτώσεις που απαριθμούνται στα σημεία 24 έως 31 του εν λόγω παραρτήματος[23].

70. Στις «[ε]πιθετικές εμπορικές πρακτικές» που μνημονεύονται στο εν λόγω παράρτημα Ι περιλαμβάνεται, στο σημείο 26, η «[σ]υνεχής και ανεπιθύμητη άγρα πελατών μέσω τηλεφώνου, φαξ ή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή άλλων μέσων εξ αποστάσεως, εκτός από περιστάσεις και στο βαθμό που αυτό δικαιολογείται, δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας, για να επιβληθεί εκπλήρωση συμβατικής υποχρέωσης».

71. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ένα διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη απευθύνεται άμεσα και ατομικά στον χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, στο μέτρο που εμφανίζεται στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού του εν λόγω χρήστη μεταξύ των ιδιωτικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων του. Κατά την αντίληψη του εν λόγω χρήστη, το εν λόγω διαφημιστικό μήνυμα έχει τη μορφή ηλεκτρονικού μηνύματος το οποίο του έχει αποσταλεί ατομικά. Ως εκ τούτου, όπως επισημαίνει η Επιτροπή, το αποτέλεσμα του εν λόγω μηνύματος είναι παρόμοιο με εκείνο μιας εξατομικευμένης απευθείας εμπορικής προώθησης, ανεξαρτήτως του αν ο διαφημιζόμενος προσδιόρισε ατομικά τον συγκεκριμένο παραλήπτη κατά την τεχνική προετοιμασία του επίμαχου μηνύματος, καθώς και του αν το μήνυμα αυτό έχει τύχει επεξεργασίας διαφορετικής από εκείνη των ηλεκτρονικών μηνυμάτων όσον αφορά τον χώρο αποθήκευσης και τις λειτουργίες.

[22] Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 13ης Σεπτεμβρίου 2018, Wind Tre και Vodafone Italia (C-54/17 και C-55/17, EU:C:2018:710, σκέψη 40 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

[23] Βλ. απόφαση της 12ης Ιουνίου 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, σκέψη 25).

72. Επομένως, θεωρώ ότι ένα διαφημιστικό μήνυμα όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη, το οποίο φέρει τα χαρακτηριστικά ενέργειας απευθείας εμπορικής προώθησης και μεταδίδεται για τον σκοπό αυτόν, συνιστά «άγρα πελατών» ως προς τους χρήστες υπηρεσιών ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, καθόσον το εν λόγω μήνυμα απευθύνεται σε αυτούς άμεσα και ατομικά στο πλαίσιο χώρου που προορίζεται για τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά μηνύματά τους.

73. Όσον αφορά τα χαρακτηριστικά που πρέπει να έχει η «άγρα πελατών» προκειμένου να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παραρτήματος Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29, δηλαδή να είναι «συνεχής και ανεπιθύμητη», φρονώ ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν συντρέχουν τα χαρακτηριστικά αυτά στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης. Για τους σκοπούς της εν λόγω εξακρίβωσης, διευκρινίζω ότι η εμφάνιση διαφημιστικού μηνύματος όπως το επίμαχο στην κύρια δίκη θα πρέπει, υπό το πρίσμα του κατά το άρθρο 8 της οδηγίας 2005/29 ορισμού της επιθετικής εμπορικής πρακτικής, να είναι αρκούντως συχνή και τακτική προκειμένου να χαρακτηριστεί «συνεχής άγρα πελατών», πράγμα που εκτιμώ ότι δεν συμβαίνει εν προκειμένω όσον αφορά μήνυμα που εμφανίστηκε μόνον τρεις φορές. Αντιθέτως, όντως θα επρόκειτο, κατά τη γνώμη μου, για «ανεπιθύμητη άγρα πελατών», εφόσον αποδεικνυόταν ότι ο χρήστης της υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν είχε παράσχει τη συγκατάθεσή του πριν από την εμφάνιση διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του. Πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ότι ο χρήστης αυτός απέστειλε, στις 20 Δεκεμβρίου 2016, εξώδικη όχληση στην eprimo σχετικά με διαφήμιση της 12ης Δεκεμβρίου 2016, με την οποία δήλωσε ρητώς στην εν λόγω εταιρία ότι δεν επιθυμούσε να λαμβάνει τέτοιου είδους διαφημίσεις.

74. Βάσει όλων των ανωτέρω στοιχείων, κατά τη γνώμη μου, στο πέμπτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η έκφραση «[σ]υνεχής και ανεπιθύμητη άγρα πελατών μέσω […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», κατά τα οριζόμενα στο παράρτημα Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29, έχει την έννοια ότι μπορεί να καταλαμβάνει συμπεριφορές όπως οι επίμαχες στην υπόθεση της κύριας δίκης, οι οποίες συνίστανται στην εμφάνιση στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου διαφημιστικών μηνυμάτων που προσομοιάζουν με ηλεκτρονικά μηνύματα και βρίσκονται στην ίδια θέση με αυτά. Ωστόσο, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να διακριβώσει, αφενός, αν η εμφάνιση των εν λόγω διαφημιστικών μηνυμάτων ήταν αρκούντως συχνή και τακτική ώστε να μπορεί να χαρακτηριστεί ως «συνεχής» άγρα πελατών και, αφετέρου, αν η εμφάνιση των μηνυμάτων αυτών μπορεί να χαρακτηριστεί ως «ανεπιθύμητη» άγρα πελατών, λαμβανομένης υπόψη της ύπαρξης ή μη συγκατάθεσης εκ μέρους του εν λόγω χρήστη πριν από την εμφάνιση αυτή, καθώς και της διατυπωθείσας αντίρρησής του προς μια τέτοια διαδικασία.

V. Πρόταση

75. Κατόπιν των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Bundesgerichtshof (Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο, Γερμανία) ως εξής:

1) Το άρθρο 13, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Ιουλίου 2002, σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία για την προστασία ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες), όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 2009/136/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Νοεμβρίου 2009, έχει την έννοια ότι συνιστά «χρησιμοποίηση […]

ηλεκτρονικού ταχυδρομείου για σκοπούς απευθείας εμπορικής προώθησης», κατά τη διάταξη αυτή, η εμφάνιση στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου διαφημιστικών μηνυμάτων που προσομοιάζουν με ηλεκτρονικά μηνύματα και βρίσκονται στην ίδια θέση με αυτά, καθώς ο τυχαίος προσδιορισμός των παραληπτών των εν λόγω μηνυμάτων δεν ασκεί συναφώς επιρροή, ενώ δεν απαιτείται να διαπιστωθεί αν η επιβάρυνση του εν λόγω χρήστη υπερβαίνει τα όρια της παρενόχλησης που αυτός υφίσταται. Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν ο εν λόγω χρήστης παρέσχε, τουλάχιστον, ελεύθερη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει συγκατάθεση, πριν από την εμφάνιση τέτοιων διαφημιστικών μηνυμάτων στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του λογαριασμού ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του.

2) Η έκφραση «[σ]υνεχής και ανεπιθύμητη άγρα πελατών μέσω […] ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», κατά τα οριζόμενα στο παράρτημα Ι, σημείο 26, της οδηγίας 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ, 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου («Οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές»), έχει την έννοια ότι μπορεί να καταλαμβάνει συμπεριφορές όπως οι επίμαχες στην υπόθεση της κύριας δίκης, οι οποίες συνίστανται στην εμφάνιση στην ηλεκτρονική θυρίδα εισερχομένων μηνυμάτων του χρήστη υπηρεσίας ηλεκτρονικού ταχυδρομείου διαφημιστικών μηνυμάτων που προσομοιάζουν με ηλεκτρονικά μηνύματα και βρίσκονται στην ίδια θέση με αυτά. Ωστόσο, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να διακριβώσει, αφενός, αν η εμφάνιση των εν λόγω διαφημιστικών μηνυμάτων ήταν αρκούντως συχνή και τακτική ώστε να μπορεί να χαρακτηριστεί ως «συνεχής» άγρα πελατών και, αφετέρου, αν η εμφάνιση των μηνυμάτων αυτών μπορεί να χαρακτηριστεί ως «ανεπιθύμητη» άγρα πελατών, λαμβανομένης υπόψη της ύπαρξης ή μη συγκατάθεσης εκ μέρους του εν λόγω χρήστη πριν από την εμφάνιση αυτή, καθώς και της διατυπωθείσας αντίρρησής του προς μια τέτοια διαδικασία.