CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DOMNUL JEAN RICHARD DE LA TOUR
prezentate la 24 iunie 2021 [1]

Cauza C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
împotriva
eprimo GmbH,
cu participarea
Interactive Media CCSP GmbH

[cerere de decizie preliminară formulată de Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania)]

„Trimitere preliminară – Directiva 2002/58/CE – Prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor electronice – Mesaj publicitar difuzat în căsuța cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică – Articolul 2 al doilea paragraf litera (h) – Noțiunea de «poștă electronică» – Articolul 13 alineatul (1) – Noțiunea de «folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct» – Directiva 2005/29/CE – Practici comerciale neloiale – Anexa I, punctul 26 – Noțiunea de «solicitări repetate și nedorite prin e-mail»”

I. Introducere

1. Cererea de decizie preliminară privește interpretarea articolului 2 al doilea paragraf litera (h) și a articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice) [2], astfel cum a fost modificată prin Directiva 2009/136/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 [3] (denumită în continuare „Directiva 2002/58”), precum și a punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”) [4].

[1] Limba originală: franceza.

[2] JO 2002, L 201, p. 37, Ediție specială, 13/vol. 36, p. 63.

[3] JO 2009, L 337, p. 11.

[4] JO 2005, L 149, p. 22, Ediție specială, 15/vol. 14, p. 260.

2. Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (denumită în continuare „StWL”), pe de o parte, și eprimo GmbH, pe de altă parte, două societăți care furnizează energie electrică clienților finali, în legătură cu compatibilitatea unei activități publicitare desfășurate de Interactive Media CCSP GmbH (denumită în continuare „Interactive Media”) cu reglementarea națională în materie de concurență neloială, la cererea eprimo, constând în afișarea de mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorilor serviciului gratuit de poștă electronică „T-Online”.

3. Tehnica de publicitate în discuție în litigiul principal este dificil de calificat, întrucât, pe de o parte, se distinge de modelul tehnic al e-mailului și, pe de altă parte, se aseamănă cu aceasta într-o măsură în care poate fi confundată, din punctul de vedere al destinatarului, cu e-mailul nesolicitat (spam), principala țintă a obiectivului de protecție vizat printre altele la articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58.

4. În prezentele concluzii vom propune Curții, în primul rând, să declare că articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 trebuie interpretat în sensul că constituie o „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct”, potrivit acestei dispoziții, afișarea în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică a unor mesaje publicitare într-o formă care se aseamănă cu cea a e-mailurilor și în același loc precum acestea din urmă, stabilirea aleatorie a destinatarilor mesajelor respective neavând nicio incidență în această privință, fără a fi necesar să se constate o povară pentru utilizator care depășește hărțuirea. Revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă utilizatorul respectiv a dat un consimțământ care să fie, cel puțin, liber, specific și informat anterior afișării unor astfel de mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a contului său de e-mail.

5. În al doilea rând, vom sugera Curții să considere că noțiunea de „solicitări repetate și nedorite prin […] e-mail […]”, prevăzută la punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29, trebuie interpretată în sensul că poate include comportamente precum cele în discuție în litigiul principal, constând în afișarea în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică a unor mesaje publicitare într-o formă care se aseamănă cu cea a e-mailurilor și în același loc precum acestea din urmă. Revine însă instanței de trimitere sarcina de a verifica, pe de o parte, dacă afișarea acestor mesaje publicitare a avut un caracter suficient de frecvent și de regulat pentru a putea fi calificată drept solicitări „repetate” și, pe de altă parte, dacă afișarea mesajelor respective poate fi calificată drept solicitări „nedorite”, ținând seama de existența sau inexistența consimțământului dat de acest utilizator anterior acestei afișări, precum și de opoziția la un astfel de procedeu publicitar exprimată de utilizatorul respectiv.

II. Cadrul juridic

A. Dreptul Uniunii

1. Directiva 2002/58

6. Considerentele (4) și (40) ale Directivei 2002/58 au următorul cuprins:

„(4) Directiva 97/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 decembrie 1997 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor[5] transformă principiile stabilite de Directiva 95/46/CE [a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date[6] în norme specifice pentru sectorul telecomunicațiilor. Directiva [97/66] trebuie adaptată la dezvoltarea piețelor și a tehnologiilor în domeniul serviciilor de comunicații electronice pentru a putea asigura un nivel egal de protecție a datelor personale și confidențialității utilizatorilor de servicii de comunicații electronice publice, indiferent de tehnologiile folosite. Această directivă trebuie, prin urmare, abrogată și înlocuită cu directiva prezentă.

[…]

(40) Abonații trebuie protejați împotriva încălcării dreptului lor la confidențialitate prin comunicații nesolicitate în scopuri direct comerciale, mai ales prin intermediul roboților de apelare automată, faxuri sau poștă electronică sau chiar mesaje SMS. Aceste tipuri de comunicații comerciale nesolicitate pot fi pe de-o parte relativ ușor și ieftin de trimis, dar pe de altă parte pot constitui o povară și cauza costuri suplimentare celui care le primește. Mai mult, în unele cazuri volumul acestora poate constitui o problemă pentru rețelele de comunicații electronice și pentru echipamentele terminale. Pentru astfel de forme de comunicații nesolicitate în scopuri comerciale directe, este justificat să se ceară obținerea acordului prealabil explicit al destinatarului înainte de adresarea de astfel de comunicații. Piața unică necesită o abordare armonizată pentru a asigura norme simple și valabile în întreaga [Uniune] pentru întreprinderi și utilizatori persoane fizice.”

7. Articolul 2 din Directiva 2002/58, intitulat „Definiții”, prevede:

„Cu excepția cazurilor în care se precizează altfel, se aplică definițiile din Directiva [95/46] și din Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind cadrul comun de reglementare a rețelelor și serviciilor de comunicații electronice (Directiva-cadru)[7].

Se aplică de asemenea următoarele definiții:

[…]

5 JO 1998, L 24, p. 1.

6 JO 1995, L 281, p. 31, Ediție specială, 13/vol. 17, p. 10.

7 JO 2002, L 108, p. 33, Ediție specială, 13/vol. 35, p. 195.

(d) «comunicație» înseamnă orice informație trimisă sau transmisă între un număr finit de părți prin intermediul unui serviciu public de comunicații electronice. Această categorie nu include informațiile transmise în cadrul unui serviciu de radiodifuziune pentru public prin intermediul unei rețele de comunicații electronice, în măsura în care aceste informații nu pot fi relaționate cu un abonat sau cu un utilizator identificabil care primește informația;

[…]

(f) «acordul» unui abonat sau utilizator înseamnă consimțământul acordat de subiectul datelor din Directiva [95/46[8]];

[…]

(h) «poștă electronică» înseamnă orice mesaj text, vocal sau conținând sunete sau imagini trimis prin intermediul unei rețele de comunicații publice care poate fi stocat în rețea sau în echipamentul terminal al destinatarului până la deschiderea sa de către acesta;

[…]"

8. Articolul 13 din Directiva 2002/58, intitulat „Comunicările nesolicitate", prevede:

„(1) Folosirea sistemelor de apelare și comunicare automate, fără intervenție umană (mașini de apelare automată), a faxurilor sau a poștei electronice în scopuri de marketing direct este permisă numai în legătură cu acei abonați sau utilizatori care și-au dat în prealabil consimțământul.

(2) Fără a aduce atingere dispozițiilor alineatului (1), în cazul în care o persoană fizică sau juridică obține de la clienții săi datele de contact electronic pentru poștă electronică, în contextul vânzării unui produs sau a unui serviciu, în conformitate cu Directiva [95/46], aceeași persoană fizică sau juridică poate folosi respectivele date de contact electronic pentru promovarea directă a propriilor produse sau servicii similare, cu condiția ca respectivilor clienți să li se ofere în mod clar și distinct posibilitatea de a se opune, într-un mod simplu și gratuit, folosirii datelor lor de contact electronic în momentul culegerii acestora și cu ocazia fiecărui mesaj ulterior, în cazul în care clientul nu a refuzat inițial utilizarea acestor date în scopurile indicate.

(3) Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a se asigura că comunicările nesolicitate în scopul promovării directe, în alte cazuri decât cele menționate la alineatele (1) și (2), nu sunt permise fără consimțământul abonaților sau al utilizatorilor în cauză sau pentru abonații sau utilizatorii care nu doresc să primească astfel de comunicări, alegerea dintre aceste două opțiuni urmând a fi determinată de către legislația internă, luând în considerare faptul că ambele opțiuni trebuie să fie gratuite pentru abonat sau utilizator.

(4) În orice caz, este interzisă trimiterea de mesaje electronice în scopuri de promovare directă de produse sau servicii cu ascunderea identității expeditorului sau cu indicarea unei identități false a

[8] Potrivit articolului 2 litera (h) din Directiva 95/46, „consimțământul persoanei vizate" înseamnă „orice manifestare de voință, liberă, specifică și informată prin care persoana vizată acceptă să fie prelucrate datele cu caracter personal". Această directivă a fost abrogată, cu efect de la 25 mai 2018, prin Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor) (JO 2016, L 119, p. 1), al cărui articol 4 punctul 11 definește „consimțământul" persoanei vizate ca fiind „orice manifestare de voință liberă, specifică, informată și lipsită de ambiguitate a persoanei vizate prin care aceasta acceptă, printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc, ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate". Potrivit articolului 94 alineatul (2) din acest regulament, intitulat „Abrogarea Directivei 95/46/CE", „[t]rimiterile la directiva abrogată se interpretează ca trimiteri la prezentul regulament".

acestuia, cu încălcarea articolului 6 din Directiva 2000/31/CE [a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă (Directiva privind comerțul electronic)[9]], fără indicarea unei adrese valabile la care destinatarul să poată trimite o cerere de încetare a trimiterii de astfel de comunicări sau cu încurajarea destinatarilor să viziteze site-uri care contravin articolului respectiv.

[…]”

2. Directiva 2005/29

9. Considerentul (17) al Directivei 2005/29 enunță:

„Este recomandabil ca practicile comerciale neloiale în toate situațiile să fie identificate pentru a asigura o securitate juridică mai mare. În consecință, anexa I cuprinde lista completă a tuturor practicilor de acest fel. Acestea sunt singurele practici comerciale care pot fi considerate neloiale fără o evaluare de la caz la caz în conformitate cu dispozițiile articolelor 5-9. Lista poate fi modificată numai prin revizuirea directivei.”

10. Articolul 5 din Directiva 2005/29 prevede:

„(1) Se interzic practicile comerciale neloiale.

(2) O practică comercială este neloială în cazul în care:

(a) este contrară cerințelor diligenței profesionale

și

(b) denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic cu privire la un produs al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia îi este adresat sau al membrului mediu al unui grup în cazul în care o practică comercială este orientată către un grup particular de consumatori.

[…]

(4) Sunt neloiale în special practicile comerciale care:

(a) sunt înșelătoare în sensul articolelor 6 și 7

sau

(b) sunt agresive în sensul articolelor 8 și 9.

(5) Anexa I conține lista practicilor comerciale considerate neloiale în orice situație. Lista unică se aplică în toate statele membre și poate fi modificată numai prin revizuirea prezentei directive.”

[9] JO 2000, L 178, p. 1, Ediție specială, 13/vol. 29, p. 257.

11. Articolul 8 din Directiva 2005/29 prevede:

„O practică comercială se consideră agresivă în cazul în care, analizând faptele și ținând seama de toate caracteristicile și circumstanțele, modifică sau poate modifica în mod semnificativ, prin hărțuire, constrângere, inclusiv prin forță fizică sau printr-o influență nejustificată, libertatea de alegere sau conduită a consumatorului mediu și, prin aceasta, îl determină sau îl poate determina să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în altă situație."

12. Anexa I la această directivă cuprinde lista de „[p]ractici comerciale considerate neloiale în orice situație". Printre „[p]ractici[le] comerciale agresive" figurează, la punctul 26, faptul de „[a] efectua solicitări repetate și nedorite prin telefon, fax sau e-mail sau alt mijloc de comunicare la distanță, cu excepția cazului în care legislația internă permite acest lucru în vederea îndeplinirii unei obligații contractuale și în măsura în care o permite. Dispoziția nu aduce atingere […] Directivelor [95/46] și [2002/58]".

B. Dreptul german

13. Articolul 3 alineatele (1) și (2) din Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Legea privind combaterea concurenței neloiale)[10] din 3 iulie 2004, în versiunea aplicabilă litigiului principal, prevede:

„(1) Practicile comerciale neloiale sunt interzise.

(2) Practicile comerciale care se adresează consumatorilor sau care ajung la consumatori sunt neloiale în cazul în care nu sunt conforme cu diligența de care sunt ținuți antreprenorii și sunt de natură să influențeze substanțial comportamentul economic al consumatorului."

14. Articolul 5a alineatul (6) din UWG prevede:

„Săvârșește […] un act de concurență neloială orice persoană care nu indică intenția comercială reală a unei practici, atunci când aceasta nu reiese deja din context, iar lipsa unei indicații poate determina consumatorul să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în altă situație."

15. Articolul 7 alineatele (1) și (2) din UWG are următorul cuprins:

„(1) Practicile comerciale care cauzează o povară inacceptabilă unui operator de pe piață sunt interzise. Aceasta se aplică în special publicității desfășurate chiar dacă este evident că operatorul de pe piață vizat nu o dorește.

(2) O povară inacceptabilă trebuie întotdeauna prezumată:

1. în cazul publicității care implică utilizarea unui mijloc de comunicare comercială adaptat comercializării la distanță care nu este menționat la punctele 2 și 3 din această dispoziție, care solicită în mod repetat consumatorul, în condițiile în care acesta în mod vădit nu dorește;

[…]

[10] BGBl. 2004 I, p. 1414, denumită în continuare „UWG".

3. în cazul publicității care implică utilizarea unui sistem automat de apelare, a unui fax sau a e-mailului, fără consimțământul expres prealabil al destinatarului, sau

4. în cazul publicității sub forma unui mesaj

   a) emis cu ascunderea sau disimularea identității emitentului în numele căruia se face comunicarea […]

   […]”

16. Potrivit articolului 8 din UWG:

„(1) Orice persoană care desfășoară o practică comercială nelegală în sensul articolului 3 sau al articolului 7 poate face obiectul unei acțiuni în eliminarea stării de fapt nelegale și, în cazul riscului de recidivă, al unei acțiuni în încetare. Dreptul de a exercita acțiunea în încetare există din momentul în care când o astfel de practică contrară articolului 3 sau articolului 7 amenință să apară.

(2) În cazul în care încălcările săvârșite într-o întreprindere sunt cauzate de un angajat sau de o persoană mandatată, acțiunea în încetare și acțiunea în eliminarea situației de fapt nelegale pot fi de asemenea introduse împotriva proprietarului întreprinderii.

(3) Sunt titulari ai drepturilor conferite la alineatul (1):

1. orice concurent;

[…]”

III. Litigiul principal și întrebările preliminare

17. StWL și eprimo sunt doi furnizori de energie electrică concurenți. La cererea eprimo, Interactive Media, o agenție de publicitate, a difuzat anunțuri publicitare în cutiile poștale electronice ale utilizatorilor T-Online, un serviciu gratuit de poștă electronică.

18. Mesajele publicitare care anunțau „mai multe economii” cu eprimo au apărut în cutia poștală electronică privată a unui utilizator al societății T-Online și, mai precis, în căsuța poștală cu mesaje primite, și anume rubrica în care e-mailurile primite sunt indicate sub formă de listă, ele fiind inserate printre e-mailurile primite. Spre deosebire de aceste e-mailuri, publicitatea, însoțită de mențiunea „anunț”, apărea pe fond gri, nu includea nici data, nici expeditorul, nu putea fi arhivată sau transmisă și nici nu era posibil să se răspundă la aceasta prin utilizarea opțiunilor prevăzute de furnizorul serviciului de poștă electronică pentru tratarea e-mailurilor. În plus, ea nu era luată în considerare în numărul de e-mailuri necitite și nu ocupa un spațiu de stocare în căsuța poștală cu mesaje primite. Acest utilizator a adresat eprimo o scrisoare de punere în întârziere la 20 decembrie 2016 cu privire la un mesaj publicitar din 12 decembrie 2016 și, astfel, a comunicat în mod expres eprimo dorința sa de a nu primi astfel de mesaje publicitare. Mesaje publicitare de același tip au apărut totuși în căsuța sa poștală la 13 și la 15 ianuarie 2017.

19. Mesajele publicitare în discuție în litigiul principal sunt afișate în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorilor serviciului de poștă electronică în mod aleatoriu. La deschiderea paginii de internet corespunzătoare unui cont de e-mail, este trimisă o cerere („AdRequest”) serverului de

publicitate, care trimite apoi parametrii corespunzători browser-ului internet al utilizatorului, pentru ca un afiș publicitar ales în mod aleatoriu să fie afișat în căsuța poștală cu mesaje primite a acestui cont. Dacă utilizatorul respectiv accesează publicitatea afișată, acest click este transmis serverului de publicitate, care îl înregistrează și redirecționează browser-ul spre site-ul operatorului de publicitate.

20. Sesizat de StWL, care considera această metodă de publicitate contrară dreptului concurenței, întrucât constituia o povară inacceptabilă și era înșelătoare, Landgericht Nürnberg-Fürth (Tribunalul Regional din Nürnberg-Fürth, Germania) a dispus ca eprimo să înceteze, în cadrul comerțului și în scopuri de concurență, să facă publicitate pe contul de poștă electronică T-Online în legătură cu distribuția de energie electrică către consumatori finali.

21. Apelul formulat de eprimo la Oberlandesgericht Nürnberg (Tribunalul Regional Superior din Nürnberg, Germania) a fost admis, această instanță considerând că plasarea contestată a publicității în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică nu era, din perspectiva dreptului concurenței, o practică comercială nelegală.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (Tribunalul Regional Superior din Nürnberg) a statuat, pe de o parte, că publicitatea în discuție nu constituia o povară inacceptabilă care implică utilizarea e-mailului în sensul articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG, întrucât această publicitate nu putea fi considerată un e-mail în sensul acestei dispoziții. În orice caz, publicitatea menționată nu determina, pentru utilizatorul serviciului de poștă electronică, costuri sau cheltuieli care ar depăși povara „normală” ocazionată de orice publicitate și, prin urmare, nu cauza o povară inacceptabilă în sensul dispoziției generale de la articolul 7 alineatul (1) prima teză din UWG, în special având în vedere gratuitatea serviciului de poștă electronică.

23. Pe de altă parte, această instanță a concluzionat că publicitatea în cauză nu era nelegală în temeiul articolului 7 alineatul (2) punctul 4 litera a) din UWG, întrucât nu este vorba despre publicitate sub formă de mesaje. Nici articolul 7 alineatul (2) punctul 1 din UWG nu era aplicabil, întrucât presupune o „solicitare”, în sensul unui comportament importun pentru un consumator, care lipsește în speță. În sfârșit, anunțurile în discuție nu puteau fi considerate neloiale pentru motivul că erau înșelătoare în sensul articolului 5a alineatul (6) din UWG, întrucât nu își disimulau caracterul publicitar.

24. Sesizat cu recurs de StWL, Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania) consideră că răspunsul său la întrebarea dacă există un drept la încetarea practicii în discuție depinde de interpretarea articolului 2 al doilea paragraf literele (d) și (h) și a articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, precum și a punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29 și a noțiunilor de „e-mail”, „folosire” și „solicitare”.

25. Astfel, potrivit instanței de trimitere, comportamentul reproșat societății eprimo ar putea fi nelegal în temeiul articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG, care transpune articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Aceasta arată că s-ar putea considera de asemenea că publicitatea este nelegală în temeiul articolului 7 alineatul (2) punctul 1 din UWG, care transpune punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29.

26. Într-o primă etapă, în ceea ce privește aspectul referitor la aplicarea articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG, care transpune articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, instanța de trimitere dorește să obțină din partea Curții clarificări cu privire la noțiunile de „poștă electronică” și de „folosire” a acesteia din urmă în scopuri de marketing direct.

27. Pentru a stabili dacă publicitatea în discuție intră în sfera noțiunii de „poștă electronică”, această instanță constată mai întâi că mesajul care a fost transmis în timp real de operatorul serverului de publicitate către căsuța poștală cu mesaje primite a contului de e-mail în urma deschiderii acestei pagini de internet, efectuată de utilizator prin intermediul conexiunii, și afișat pe această pagină, unde putea fi citit de utilizatorul respectiv, constituie o „comunicație” în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (d) din Directiva 2002/58. Aceasta apreciază în continuare că trebuie să se verifice dacă un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal poate fi calificat drept „poștă electronică” în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din directiva menționată.

28. În această privință, ea ridică problema criteriului transmiterii mesajului menționat în această dispoziție. Astfel, publicitatea în căsuța poștală cu mesaje primite nu este transmisă de utilizatorul unui serviciu de poștă electronică unui alt utilizator, ci este afișată de servere de publicitate, ca urmare a deschiderii contului de e-mail al unui utilizator selectat în mod aleatoriu, în anumite spații ale căsuței poștale cu mesaje primite prevăzute în acest scop. Aplicând criteriile unui e-mail tradițional, „trimiterea” mesajului ar putea, așadar, să lipsească, astfel încât publicitatea care apare în această căsuța poștală cu mesaje primite nu ar putea fi calificată drept „e-mail”. Totuși, instanța de trimitere ridică problema dacă obiectivul protejării vieții private a utilizatorului, enunțat în considerentul (40) și urmărit de articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, ar putea să militeze în favoarea unei abordări funcționale, iar nu tehnice a definiției „trimiterii”. Acest obiectiv ar putea justifica interpretarea noțiunii de „trimitere” nu întemeindu-se pe formele tradiționale de comunicare electronică, și anume în sensul expedierii de către un anumit utilizator către un alt utilizator predeterminat, ci în mod funcțional, în sensul unei difuzări.

29. Pe de altă parte, instanța de trimitere ridică problema definiției noțiunii de „deschidere” care figurează la articolul 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58. Această instanță explică faptul că din această dispoziție coroborată cu considerentul (27) al aceleiași directive [11] ar putea rezulta că deschiderea mesajului presupune un comportament intenționat al destinatarului care, prin deschiderea contului său de e-mail, își exprimă voința ca e-mailurile sale, stocate pe serverul serviciului de poștă electronică, să fie afișate și să îi fie transmise, în timp ce, în ceea ce privește publicitatea în discuție, care este stocată pe un server de publicitate controlat de societatea care le difuzează, utilizatorul trebuie doar să deschidă serviciul de poștă electronică pentru ca afișul publicitar să fie afișat în timp real, fără ca utilizatorul de internet să fie conștient de acest proces și să poată, printr-o decizie care îi exprimă voința, să accepte sau să refuze acest anunț. Pe scurt, deschiderea prevăzută la articolul 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58 ar presupune o operațiune din partea utilizatorului în vederea transmiterii unui mesaj, în general pornind de la serverul furnizorului de servicii. Totuși, instanța menționată apreciază că articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 ar impune protejarea utilizatorului împotriva comunicărilor publicitare nesolicitate și, prin urmare, să se considere că deschiderea contului de e-mail pe internet este suficientă pentru a constitui un act final de deschidere.

30. În plus, instanța de trimitere arată că, înainte de difuzarea sa, declanșată de conexiune, în căsuța poștală cu mesaje primite, publicitatea în litigiu era stocată pe un server de publicitate și, așadar, în rețea. În opinia acesteia, din considerentul (27) al Directivei 2002/58 nu se poate deduce că poșta electronică vizează numai mesaje care sunt stocate pe serverul furnizorului de servicii însuși.

[11] Potrivit acestui considerent, „[m]omentul precis al încheierii transmisiei în cadrul unei comunicații, după care datele de transfer ar trebuie șterse, cu excepția celor necesare facturării, poate să depindă de tipul de comunicație electronică furnizat. Astfel, […] [p]entru poșta electronică, transmisia se încheie când destinatarul a deschis mesajul, de obicei de pe serverul prestatorului său de servicii”.

31. Instanța de trimitere ridică de asemenea problema dacă există „poștă electronică” în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 atunci când un mesaj nu este transmis unui destinatar individual deja definit în mod concret înainte de transmitere, ci afișat, precum în speță, în mod aleatoriu. Instanța de trimitere arată, în această privință, că publicitatea în litigiu a fost difuzată în mod aleatoriu clienților serviciului gratuit de poștă electronică, fără să fi fost posibilă o comunicare prealabilă referitoare la acordul clientului. În aceste condiții, ea apreciază că nu este posibil să se deducă din cerința unui consimțământ prealabil prevăzută de această dispoziție că toate formele de marketing direct prin rețelele de comunicații sunt autorizate, din moment ce consimțământul utilizatorilor serviciului de poștă electronică nu poate fi obținut înainte de afișarea unei publicități, având în vedere procesele tehnice utilizate de autorul anunțului.

32. În plus, instanța de trimitere consideră că noțiunea de „folosire” a poștei electronice în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 trebuie definită și ridică problema dacă, pentru a intra în sfera acestei noțiuni, „povara”[12] pentru utilizator trebuie să depășească hărțuirea. În această privință, ea constată că, întrucât publicitatea în cauză are aparența unui e-mail și, prin urmare, este mai vizibilă decât o publicitate în exteriorul căsuței poștale cu mesaje primite, povara este mai importantă decât în cazul unei publicități afișate pe marginea căsuței poștale cu mesaje primite și că, în aceste condiții, obiectivul de protecție a vieții private a utilizatorilor ar putea să nu fie îndeplinit.

33. Într-o a doua etapă, în ceea ce privește aspectul referitor la aplicarea articolului 7 alineatul (2) punctul 1 din UWG, care transpune punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29, instanța de trimitere consideră că trebuie precizate criteriile „solicitării” în sensul acestei dispoziții. Potrivit acestei instanțe, solicitarea este exclusă atunci când comunicarea se adresează publicului larg. Aceasta presupune, dimpotrivă, o publicitate care se adresează în mod specific unui client individual. În această privință, instanța menționată ridică problema dacă, pentru a exista o publicitate individuală specifică care îndeplinește criteriile solicitării, un client trebuie să fie contactat prin intermediul unui mijloc tradițional de comunicare între un expeditor și un destinatar, precum telefonul, faxul sau un e-mail ori dacă este suficient ca, precum în speță, legătura cu un utilizator să fie stabilită prin afișarea publicității în căsuța poștală cu mesaje primite a contului său de e-mail și, prin urmare, într-un loc în care acesta așteaptă numai comunicări care îi sunt adresate în mod individual.

34. Potrivit instanței de trimitere, în măsura în care publicitatea difuzată în această căsuță poștală cu mesaje primite cauzează utilizatorului o povară mai importantă decât cea provocată de afișele publicitare tradiționale care, fiind afișate în rubricile unui site internet care sunt în mod normal prevăzute în acest scop, nu prezintă același caracter individual, obiectivul de protecție urmărit de punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29 este, după toate probabilitățile, în discuție.

35. Pe de altă parte, instanța de trimitere consideră că sunt îndeplinite celelalte condiții ale practicii interzise de această dispoziție. Ea arată, în această privință, că față de utilizatorul serviciului de poștă electronică au fost efectuate trei solicitări în total, cu alte cuvinte în mai multe rânduri și deci în mod repetat, prin publicitatea difuzată în căsuța poștală cu mesaje primite a cutiei sale poștale electronice. O astfel de publicitate nu ar fi fost dorită, întrucât acest utilizator a comunicat în mod expres societății eprimo dorința sa de a nu primi mesaje publicitare precum cele în discuție în litigiul principal.

[12] A se vedea considerentul (40) al Directivei 2002/58.

36. În aceste condiții, Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) Noțiunea de «trimitere» în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva [2002/58] există atunci când o comunicare nu este transmisă de un utilizator al unui serviciu de comunicații electronice către un alt utilizator, prin intermediul unei întreprinderi de prestări servicii, la «adresa» electronică a celui de al doilea utilizator, ci, ca urmare a deschiderii paginii de internet a unui cont de e-mail protejat cu parolă, respectiva comunicare este generată în mod automat de servere de publicitate și afișată în cutia poștală electronică a unui utilizator ales în mod aleatoriu (publicitate în cutia poștală electronică)?

2) Deschiderea unei comunicări în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58/CE presupune ca destinatarul, după ce a luat cunoștință de existența unei comunicări, să activeze prin decizie voluntară transmiterea programată a datelor comunicării sau este suficient ca apariția unei comunicări în cutia poștală electronică a unui cont de e-mail să fie activată prin deschiderea de către utilizator a paginii de internet a contului său de e-mail protejat cu parolă?

3) Există poștă electronică în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 și în cazul în care comunicarea nu este trimisă unui destinatar individual identificat în mod concret înainte de transmitere, ci este difuzată în cutia poștală a contului de e-mail al unui utilizator ales în mod aleatoriu?

4) Un mesaj electronic este utilizat în scopuri de marketing direct în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 numai atunci când se constată o povară pentru utilizator care depășește hărțuirea?

5) Publicitatea individuală care îndeplinește condițiile «efectuării de solicitări» în sensul punctului 26 prima teză din anexa I la Directiva [2005/29] există numai în cazul în care un client este contactat prin intermediul unui mijloc tradițional de comunicare între un expeditor și un destinatar sau este suficient ca legătura individuală să fie realizată – precum în cazul publicității în discuție în speță – prin afișarea publicității în cutia poștală a unui cont de e-mail privat și, prin urmare, într-un loc în care clientul așteaptă numai comunicări care îi sunt adresate în mod individual?”

37. Interactive Media, eprimo, guvernul portughez și Comisia Europeană au depus observații scrise. StWL, Interactive Media, eprimo și Comisia au răspuns în scris în termenul stabilit la întrebările adresate de Curte.

IV. Analiză

38. Prezenta trimitere preliminară invită Curtea să se pronunțe cu privire la aspectul dacă și, după caz, în ce condiții poate fi considerată compatibilă cu dispozițiile relevante ale Directivei 2002/58 și ale Directivei 2005/29 o practică în temeiul căreia sunt afișate mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică care este furnizat gratuit acestui utilizator și care este finanțat prin publicitatea plătită de autorii anunțurilor.

39. Astfel cum reiese din cuprinsul punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29, interdicția de „[a] efectua solicitări repetate și nedorite prin telefon, fax sau e-mail sau alt mijloc de comunicare la distanță, cu excepția cazului în care legislația internă permite acest lucru în vederea îndeplinirii unei obligații contractuale și în măsura în care o permite”, se aplică fără a aduce atingere normelor prevăzute printre altele de Directiva 2002/58. Astfel cum instanța de trimitere solicită Curții, vom examina, așadar, succesiv întrebările referitoare la interpretarea, pe de o parte, a Directivei 2002/58 și, pe de altă parte, a Directivei 2005/29.

A. Cu privire la interpretarea dispozițiilor relevante ale Directivei 2002/58

40. Prin intermediul *primei și al celei de a doua întrebări*, instanța de trimitere solicită Curții în esență să stabilească dacă criteriile care permit definirea „poștei electronice” în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58 sunt îndeplinite în ipoteza unui mesaj publicitar care se afișează în căsuța poștală cu mesaje primite a contului utilizatorului unui serviciu de poștă electronică. Mai precis, aceasta solicită să se stabilească dacă un mesaj poate fi considerat „trimis” în sensul acestei dispoziții atunci când nu este transmis de acest utilizator unui alt utilizator prin intermediul unui furnizor de servicii la adresa electronică a celuilalt utilizator, ci este afișat în mod automat, ca urmare a deschiderii paginii de internet a unui cont de e-mail securizat, în căsuța poștală cu mesaje primite a unui utilizator selectat în mod aleatoriu. Instanța de trimitere solicită de asemenea să se stabilească dacă, pentru ca un mesaj să poată fi considerat „deschis” în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58, este necesar ca destinatarul să declanșeze în mod voluntar transmiterea datelor mesajului în cauză sau dacă este suficient ca acest mesaj să apară în căsuța poștală cu mesaje primite ca urmare a deschiderii paginii de internet a contului de e-mail securizat.

41. Prin intermediul *celei de a treia și al celei de a patra întrebări*, instanța de trimitere solicită o interpretare a noțiunii de „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct” în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Mai precis, aceasta solicită, prin intermediul celei de a treia întrebări, să se stabilească dacă există „poștă electronică” în sensul acestei dispoziții în cazul în care comunicarea nu este trimisă unui destinatar individual identificat înainte de transmitere, ci este difuzată în cutia poștală cu mesaje primite a contului de e-mail al unui utilizator ales în mod aleatoriu. În plus, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă există o „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct” în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 numai atunci când se constată o povară pentru utilizator care depășește hărțuirea.

42. Potrivit articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58, poștă electronică înseamnă „orice mesaj text, vocal sau conținând sunete sau imagini”. Acest element al definiției nu ridică dezbateri în cadrul prezentei cauze și este cu siguranță îndeplinit de un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal.

43. Acestea fiind precizate, alte trei criterii trebuie îndeplinite pentru ca un mesaj să poată fi calificat drept „poștă electronică” în sensul acestei dispoziții. În primul rând, mesajul trebuie să fie „trimis prin intermediul unei rețele de comunicații publice”. În al doilea rând, acest mesaj trebuie să poată „fi stocat în rețea sau în echipamentul terminal al destinatarului”. În al treilea rând, mesajul menționat trebuie să poată fi deschis de destinatarul său.

44. Două teze se confruntă cu privire la aspectul dacă un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal îndeplinește aceste trei criterii, fie în totalitate, fie doar în parte.

45. Potrivit tezei invocate împotriva calificării drept „poștă electronică”, susținută de eprimo și de Interactive Media, un mesaj publicitar care se afișează în mod aleatoriu în căsuța poștală cu mesaje primite a unui cont de e-mail nu poate fi considerat ca fiind expediat, stocat și deschis în conformitate cu cerințele articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58. Argumentele invocate în susținerea acestei teze se întemeiază pe ideea potrivit căreia un astfel de mesaj nu dispune de caracteristicile proprii unui e-mail tradițional. În primul rând, acesta nu ar face obiectul unei trimiteri de către un utilizator la altul, ci al unei afișări provizorii și automatizate în căsuța poștală cu mesaje primite a unor utilizatori aleși în mod aleatoriu. În al doilea rând, un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal nu ar fi stocat în rețea sau în echipamentul terminal al destinatarului. În al treilea rând, acest mesaj nu ar face obiectul unei deschideri de către destinatarul său, întrucât aceasta ar presupune un comportament deliberat din partea destinatarului care urmărește să ia cunoștință de un mesaj specific prin selecționarea acestuia.

46. Teza favorabilă calificării drept „poștă electronică” a unui mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal, care este susținută de instanța de trimitere și, în parte, de guvernul portughez, se întemeiază, la rândul său, pe necesitatea de a reține o interpretare funcțională a noțiunii de „poștă electronică” în vederea atingerii obiectivului de protecție a vieții private a utilizatorilor de servicii de poștă electronică. O astfel de interpretare face ca fiecare dintre criteriile acestei noțiuni să trebuiască să fie apreciat în mod flexibil. Astfel, un mesaj publicitar care este difuzat și afișat în căsuța poștală cu mesaje primite a contului utilizatorului unui serviciu de poștă electronică ar trebui considerat, indiferent de tehnologia utilizată, ca fiind „trimis prin intermediul unei rețele de comunicații publice” în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58. Împrejurarea că acest mesaj este stocat pe un server de publicitate, iar nu în echipamentul terminal al destinatarului ar fi suficientă, întrucât s-ar putea considera că este vorba despre o stocare „în rețea” în sensul aceleiași dispoziții. În plus, un astfel de mesaj, care este afișat la deschiderea paginii de internet a contului de e-mail, ar trebui considerat deschis, astfel cum prevede dispoziția menționată. Cu privire la acest ultim aspect, argumentația guvernului portughez este mai nuanțată, întrucât apreciază că un mesaj publicitar afișat în căsuța poștală cu mesaje primite a unui astfel de cont nu poate fi deschis de destinatarul său. Totuși, în măsura în care acest mesaj continuă să fie stocat în rețea, acest lucru ar fi suficient pentru a-l califica drept „poștă electronică” în sensul articolului 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58.

47. Având în vedere argumentele, adesea tehnice, invocate în susținerea fiecăreia dintre aceste două teze, suntem sensibili la argumentația dezvoltată de instanța de trimitere în sensul unei interpretări funcționale a noțiunii de „poștă electronică”, care ar putea conduce la concluzia că un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal îndeplinește criteriile prevăzute la articolul 2 al doilea paragraf litera (h) din Directiva 2002/58.

48. În orice caz, apreciem că această noțiune nu trebuie interpretată în mod izolat, ci ținând seama de dispoziția în care este utilizată, și anume, în speță, articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. În această măsură, considerăm, asemenea StWL și Comisiei, că noțiunea relevantă care trebuie interpretată în cadrul prezentei cauze este cea de „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct” în sensul acestei dispoziții. Prin urmare, ne vom concentra analiza asupra interpretării dispoziției menționate, luând în considerare modul de redactare, obiectivul și necesitatea de a garanta efectul util al acesteia.

49. Observăm, în această privință, că articolul 13 din Directiva 2002/58 este intitulat „Comunicările nesolicitate”. Dacă ne referim la definiția noțiunii „comunicație” care figurează la articolul 2 al doilea paragraf litera (d) din această directivă, articolul 13 din directiva menționată are vocația de a se aplica „oric[ărei] informați[i] trimis[e] sau transmis[e] între un număr finit de părți prin intermediul unui serviciu public de comunicații electronice”.

50. Dacă o comunicație intră în domeniul de aplicare al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, ea este autorizată, cu condiția să fi fost obținut în prealabil un consimțământ din partea destinatarului său. Din articolul 2 al doilea paragraf litera (f) din Directiva 2002/58 coroborat cu articolul 94 alineatul (2) din Regulamentul 2016/679 rezultă că acest consimțământ trebuie să îndeplinească cerințele care rezultă din articolul 2 litera (h) din Directiva 95/46 sau din articolul 4 punctul 11 din acest regulament, după cum una sau cealaltă dintre aceste două norme este aplicabilă *ratione temporis* faptelor din litigiul principal. În ceea ce privește o acțiune în încetarea unei practici comerciale nelegale, nu este exclus ca, în ipoteza în care procedura inițiată de StWL ar urmări încetarea comportamentului eprimo pe viitor, Regulamentul 2016/679 să fie aplicabil *ratione temporis* în cadrul litigiului principal, chiar dacă faptele aflate la originea acestui litigiu sunt anterioare datei de 25 mai 2018, dată la care acest regulament a devenit aplicabil, Directiva 95/46 fiind abrogată de la aceeași dată [13]. În consecință, trebuie să fie vorba cel puțin despre o manifestare de voință liberă, specifică și informată [14].

51. Articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 precizează tipurile de comunicații cărora li se aplică cerința unui consimțământ prealabil din partea destinatarilor lor. Este vorba, pe de o parte, despre comunicații care au ca scop marketingul direct, și anume comunicațiile cu scop comercial care sunt adresate direct și individual unor utilizatori de servicii de comunicații electronice. Pe de altă parte, aceste comunicări trebuie să ajungă la aceștia din urmă prin „folosirea sistemelor de apelare și comunicare automate, fără intervenție umană (mașini de apelare automată), a faxurilor sau a poștei electronice”.

52. Articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 nu are, prin urmare, vocația de a se aplica în general ferestrelor publicitare care pot apărea cu ocazia consultării site-urilor internet. Această dispoziție privește numai comunicațiile care au ca obiect marketingul direct și care ajung în mod direct și individual la destinatarii acestora prin utilizarea anumitor vectori de comunicare electronică precum poșta electronică [15].

53. Redactarea actuală a articolului 13 din Directiva 2002/58 este rezultată din Directiva 2009/136, al cărei considerent (67) arată că „[m]ăsurile de protecție a abonaților împotriva încălcării dreptului la viață privată prin comunicări nesolicitate inițiate prin intermediul poștei electronice în scopul comercializării directe *ar trebui să se aplice și mesajelor de tip SMS sau*

[13] A se vedea în această privință Hotărârea din 1 octombrie 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, punctele 38-43), precum și Concluziile avocatului general Szpunar prezentate în cauza Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, punctele 44-49). A se vedea de asemenea Hotărârea din 11 noiembrie 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, punctele 28-32).

[14] Astfel cum a arătat Curtea în Hotărârea din 11 noiembrie 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „formularea articolului 4 punctul 11 din [Regulamentul 2016/679], care definește «consimțământul persoanei vizate» în sensul [acestui regulament], pare mult mai strictă decât cea a articolului 2 litera (h) din Directiva 95/46, prin faptul că impune o manifestare de voință «liberă, specifică, informată și lipsită de ambiguitate» a persoanei vizate, sub forma unei declarații sau a unei «acțiuni fără echivoc» care reprezintă acordul său pentru prelucrarea datelor cu caracter personal care o privesc. Astfel, un consimțământ activ este în prezent expres prevăzut de [regulamentul menționat]” (punctul 36 și jurisprudența citată).

[15] În această privință, este irelevant dacă, astfel cum rezultă din Hotărârea din 13 iunie 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), un serviciu de poștă electronică pe internet nu constituie, ca atare, un „serviciu de comunicații electronice” în sensul articolului 2 litera (c) din Directiva 2002/21, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2009/140/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 (JO 2009, L 337, p. 37), în măsura în care nu constă în totalitate sau în principal în transmiterea de semnale prin rețele de comunicații electronice.

MMS, precum și altor aplicații similare acestora”[16]. Legiuitorul Uniunii a dorit astfel să rețină o concepție largă a mijloacelor de comunicare electronică prin care sunt efectuate demersurile de marketing direct, care nu include numai e-mailurile. Această concepție largă își găsește de asemenea expresia în considerentul (40) al Directivei 2002/58, care evidențiază că „[a]bonații trebuie protejați împotriva încălcării dreptului lor la confidențialitate prin comunicații nesolicitate în scopuri direct comerciale, *mai ales* prin intermediul roboților de apelare automată, faxuri sau poștă electronică sau chiar mesaje SMS”[17], ceea ce lasă să se înțeleagă, pe lângă faptul că mesajele electronice nu se limitează numai la e-mailuri, că lista mijloacelor de comunicare menționate nu are caracter exhaustiv. Voința legiuitorului Uniunii de a acoperi un spectru extins de comunicații efectuate în scop de marketing direct este susținută și de considerentul (4) al Directivei 2002/58, în care se afirmă obiectivul de „a asigura un nivel egal de protecție a datelor personale și confidențialității utilizatorilor de servicii de comunicații electronice publice, *indiferent de tehnologiile folosite*”[18]. Acest obiectiv impune reținerea unei concepții dinamice și neutre din punct de vedere tehnologic a noțiunilor care figurează în Directiva 2002/58.

54. Indiferent de întinderea mijloacelor de comunicare utilizate în scopuri de marketing direct care au vocația de a intra în domeniul de aplicare al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, ni se pare decisiv, în situația în discuție în litigiul principal, faptul că mesajele publicitare în discuție în litigiul principal ajung la destinatarii lor prin *folosirea* e-mailului. Asemenea Comisiei, arătăm că aceste mesaje apar în căsuța poștală cu mesaje primite a contului utilizatorului unui serviciu de poștă electronică, și anume într-un loc care este în mod normal rezervat mesajelor electronice *stricto sensu*, reprezentate de e-mailurile private. Expeditorul mesajelor menționate se folosește, așadar, de poșta electronică pentru a ajunge la consumator, astfel încât este vorba într-adevăr despre comunicări în scopuri de marketing direct „prin intermediul poștei electronice”, în conformitate cu ceea ce indică considerentul (67) al Directivei 2009/136, în lumina căruia trebuie interpretat articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Inserarea unor mesaje precum cele în discuție în litigiul principal în lista e-mailurilor private trebuie, așadar, în opinia noastră, să fie calificată drept *folosire* a poștei electronice în scopuri de marketing direct, care intră în domeniul de aplicare al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58.

55. Ca urmare a poziționării sale în cadrul căsuței poștale cu mesaje primite a contului utilizatorului unui serviciu de poștă electronică, practica publicitară în litigiu permite să se ajungă în mod direct și individual la acest utilizator în sfera privată pe care o constituie o astfel de căsuță poștală, la care accesul este protejat printr-o parolă, cu o eficacitate care ni se pare comparabilă cu cea a e-mailurilor nesolicitate (spam). Alegerea amplasării publicității în litigiu în căsuța poștală cu mesaje primite nu este întâmplătoare și constituie o diferență importantă, în scopul aplicării articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, față de afișele publicitare care apar pe marginea listei e-mailurilor private și separat de aceasta. Astfel, prin faptul că apare la același nivel cu e-mailurile private, publicitatea în litigiu beneficiază de aceeași atenție precum cea pe care utilizatorul o consacră acestora din urmă. Astfel cum arată în mod întemeiat Comisia, într-o asemenea situație, operatorii economici care contribuie la difuzarea acestei publicități utilizează căsuța poștală în care sunt primite e-mailurile private, precum și interesul și încrederea pe care utilizatorii unui serviciu de poștă electronică le au pentru această căsuță poștală, dând mesajelor lor publicitare un aspect care, în pofida anumitor diferențe minime, se aseamănă cu cel al e-mailurilor private. Pe de altă parte, în măsura în care mesajele publicitare

16 Sublinierea noastră.

17 Sublinierea noastră.

18 Sublinierea noastră.

ocupă linii ale căsuței poștale cu mesaje primite care sunt în mod normal rezervate e-mailurilor private și ca urmare a asemănării lor cu acestea din urmă, există un risc de confuzie între aceste două categorii de mesaje, care ar putea face ca utilizatorul care ar accesa linia ce corespunde mesajului publicitar să fie redirecționat, împotriva voinței sale, către un site internet care prezintă publicitatea în cauză, în loc să continue consultarea e-mailurilor sale private.

56. Asemenea Comisiei, apreciem că constatarea potrivit căreia, spre deosebire de e-mailurile private, mesajul publicitar apare pe fond gri, nu ocupă un spațiu de stocare și nu oferă funcționalitățile obișnuite ale e-mailurilor nu împiedică recunoașterea existenței unei atingeri aduse vieții private a utilizatorilor unui serviciu de poștă electronică. Întrucât, prin faptul că apar în aceeași listă cu e-mailurile private, mesajele publicitare în discuție în litigiul principal necesită aceeași atenție și aceeași acțiune în vederea eliminării lor ca și e-mailurile nesolicitate (spam), intensitatea atingerii ni se pare similară. În plus, ca urmare a faptului că aceste mesaje nu dispun de aceleași funcționalități ca și e-mailurile, aceasta generează un element de atingere suplimentară în comparație cu e-mailurile nesolicitate (spam), dat fiind că tratamentul specific pe care îl necesită poate determina erori cu ocazia eliminării sau accesarea accidentală a publicității.

57. Pe scurt, considerăm că atingerea adusă vieții private se caracterizează aici prin utilizarea unui mijloc de comunicare, în speță poșta electronică, care este rezervat în mod normal trimiterii și primirii de corespondență privată. Spre deosebire de afișele publicitare care apar pe marginea listei e-mailurilor private și separat de aceasta, prezența mesajelor publicitare în discuție în litigiul principal în interiorul căsuței poștale în care sunt primite e-mailurile private, pe care utilizatorul le consideră ca făcând parte din sfera vieții sale private, îngreunează accesul la acestea din urmă într-un grad și într-un mod foarte asemănător cu ceea ce se întâmplă în cazul e-mailurilor nesolicitate (spam). În consecință, în opinia noastră, se aduce astfel atingere obiectivului de protecție a utilizatorilor împotriva oricărei încălcări a dreptului lor la viață privată prin comunicări nesolicitate efectuate în scopuri de marketing direct, obiectiv pe care îl urmărește articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, interpretat în lumina considerentului (40) al acesteia, precum și a considerentului (67) al Directivei 2009/136. Prin urmare, intruziunea în sfera vieții private prin folosirea căsuței poștale cu mesaje primite a e-mailului este, așadar, stabilită și este suficientă, în opinia noastră, pentru a supune tehnica de marketing direct în discuție în litigiul principal cerinței unui consimțământ prealabil din partea utilizatorului unui serviciu de poștă electronică.

58. În opinia noastră, s-ar aduce atingere efectului util al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 dacă s-ar admite că mesaje publicitare precum cele în discuție în litigiul principal pot apărea în căsuța poștală cu mesaje primite a contului utilizatorului unui serviciu de poștă electronică fără ca acesta să își fi dat în prealabil consimțământul pentru a primi, sub această formă și în acest loc, astfel de mesaje.

59. Obiectivul urmărit de legiuitorul Uniunii, care constă în a proteja utilizatorul împotriva unei saturări permanente a căsuțelor sale poștale sau a liniilor sale telefonice private cu mesaje sau cu apeluri comerciale nesolicitate, impune, așadar, garantarea efectului util al acestei dispoziții. Aceasta implică faptul că ea trebuie interpretată în sensul că vizează mesaje publicitare care, ca urmare a asemănării lor cu un e-mail privat și a poziționării lor în lista e-mailurilor private, aduc atingere vieții private a utilizatorilor de servicii de poștă electronică. O astfel de interpretare ar trebui reținută pentru a evita ca cerința consimțământului prealabil impusă la articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 să poată fi eludată, în condițiile în care un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal constituie în mod incontestabil, în opinia noastră, un act de marketing direct prin mijloace electronice care utilizează, pentru difuzarea sa, căsuța

poștală destinată în mod normal numai e-mailurilor private, producând aceleași efecte și aceeași atingere ca un e-mail publicitar nesolicitat (spam), care constituie una dintre țintele principale ale acestei dispoziții.

60. Pe de altă parte, în raport cu obiectivul neutralității tehnologice pe care îl urmărește și legiuitorul Uniunii, astfel cum am indicat anterior, trebuie să se rețină o interpretare largă a domeniului de aplicare al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, pentru a putea cuprinde noi tehnici de marketing direct.

61. Adăugăm, ca răspuns la a treia întrebare adresată de instanța de trimitere, că împrejurarea că un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal este difuzat în căsuța poștală cu mesaje primite a unui utilizator ales în mod aleatoriu nu împiedică nicidecum, în opinia noastră, constatarea existenței unei „folosiri a poștei electronice în scopuri de marketing direct” în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Astfel, apreciem, asemenea guvernului portughez, că alegerea aleatorie sau predefinită a destinatarului nu constituie o condiție pentru aplicarea acestei dispoziții. Altfel spus, este irelevant dacă publicitatea în cauză este adresată unui destinatar prestabilit și identificat în mod individual sau dacă este vorba despre o difuzare masivă și aleatorie către destinatari multipli. Ceea ce contează este că există o comunicare cu scop comercial care ajunge în mod direct și individual la unul sau la mai mulți utilizatori de servicii de poștă electronică, întrucât este difuzată în căsuța poștală cu mesaje primite a contului de e-mail al acestor utilizatori.

62. Trebuie precizat de asemenea, ca răspuns la a patra întrebare adresată de instanța de trimitere, că nu este necesar să se constate că povara pentru utilizator depășește hărțuirea pentru a califica un demers publicitar precum cel în discuție în litigiul principal drept „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct” în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Astfel, după cum reiese din considerentul (40) al acestei directive, cerința consimțământului prealabil prevăzută de această dispoziție se explică în special prin faptul că comunicările nesolicitate efectuate în scopuri de marketing direct pot „constitui o povară și cauza costuri suplimentare celui care le primește”. Din moment ce astfel de comunicări intră în domeniul de aplicare al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, trebuie să se prezume că acestea constituie o povară pentru destinatarul lor, fără a fi necesar să se stabilească dacă această povară depășește hărțuirea.

63. Din considerațiile care precedă rezultă că un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal intră, în opinia noastră, în domeniul de aplicare al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Prin urmare, un act de marketing direct de acest tip nu este autorizat dacă destinatarul său nu și-a dat consimțământul în prealabil în acest sens.

64. După cum am indicat anterior, trebuie să fie vorba cel puțin despre un consimțământ liber, specific și informat [19].

65. În această privință, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă, în cadrul procesului de înregistrare a adresei gratuite de e-mail sau într-un alt moment, utilizatorul a fost informat cu privire la modalitățile precise potrivit cărora publicitatea este difuzată la deschiderea paginii de internet corespunzătoare contului de e-mail. În special, aceasta trebuie să se asigure că utilizatorul respectiv a fost informat în mod clar și precis că afișele publicitare sunt afișate nu numai pe marginea listei e-mailurilor private și separat de aceasta, ci și în cadrul acestei liste

[19] A se vedea punctul 50 din prezentele concluzii.

înseși. Or, o asemenea informare presupune că un utilizator este în măsură să stabilească cu ușurință consecințele consimțământului pe care l-ar putea da și garantează că acest consimțământ este dat în deplină cunoștință de cauză [20]. În acest temei, trebuie să se verifice dacă același utilizator și-a dat consimțământul în mod specific pentru procedeul publicitar în discuție în litigiul principal, și anume că trebuie să fi consimțit în mod expres să primească mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a contului său de e-mail [21].

66. Desigur, modelul economic pe care funcționează mulți furnizori de servicii de poștă electronică pe internet se bazează adesea pe publicitate. În această privință, utilizatorul unor astfel de servicii acceptă ca gratuitatea serviciului să fie compensată într-un anumit fel prin afișarea publicității. Acest fapt nu modifică însă cerința potrivit căreia o asemenea acceptare a publicității, atunci când se manifestă chiar în cadrul căsuței poștale cu mesaje primite a contului de e-mail, trebuie să fie exprimată, în temeiul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, prin consimțământul utilizatorului unui astfel de cont.

67. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem Curții să răspundă instanței de trimitere că articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 trebuie interpretat în sensul că constituie o „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct”, potrivit acestei dispoziții, afișarea în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică a unor mesaje publicitare într-o formă care se aseamănă cu cea a e-mailurilor și în același loc precum acestea din urmă, stabilirea aleatorie a destinatarilor mesajelor respective neavând nicio incidență în această privință, fără a fi necesar să se constate o povară pentru utilizator care depășește hărțuirea. Revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă utilizatorul respectiv a dat un consimțământ care să fie cel puțin liber, specific și informat anterior afișării unor astfel de mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a contului său de e-mail.

B. Cu privire la interpretarea punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29

68. Prin intermediul celei de a cincea întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29 trebuie interpretat în sensul că constituie solicitări repetate și nedorite prin poșta electronică afișarea unor mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică.

69. Articolul 5 din Directiva 2005/29 stabilește, la alineatul (2), criteriile care permit să se determine dacă o practică comercială prezintă un caracter neloial și precizează, la alineatul (4), că sunt neloiale în special practicile comerciale care sunt „înșelătoare” în sensul articolelor 6 și 7 din această directivă și cele care sunt „agresive” în sensul articolelor 8 și 9 din directiva menționată. Articolul 5 alineatul (5) din Directiva 2005/29 prevede, de altfel, că anexa I la aceasta „conține lista practicilor comerciale considerate neloiale în orice situație”. În această privință, considerentul (17) al Directivei 2005/29 precizează că, pentru a asigura o securitate juridică mai mare, numai practicile enumerate în anexa I sunt considerate neloiale în toate situațiile, fără a trebui să facă obiectul unei evaluări de la caz la caz în conformitate cu dispozițiile articolelor 5-9

[20] A se vedea Hotărârea din 11 noiembrie 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, punctul 40 și jurisprudența citată).

[21] Astfel cum a arătat Curtea în Hotărârea din 11 noiembrie 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „articolul 2 litera (h) din Directiva 95/46 și articolul 4 punctul 11 din Regulamentul 2016/679 impun o manifestare de voință «specifică», în sensul că ea trebuie să privească în mod precis prelucrarea datelor în cauză și nu poate fi dedusă dintr-o manifestare de voință care are un obiect distinct” (punctul 38 și jurisprudența citată).

din directiva menționată [22]. Întrucât anexa I la Directiva 2005/29 constituie o listă completă și exhaustivă, practica comercială în discuție în litigiul principal nu poate fi calificată drept practică comercială agresivă în toate situațiile, în sensul acestei directive, decât cu condiția să corespundă uneia dintre situațiile enumerate la punctele 24-31 din această anexă [23].

70. Printre „[p]ractici[le] comerciale agresive" menționate în această anexă I figurează, la punctul 26, faptul de a „[a] efectua solicitări repetate și nedorite prin telefon, fax sau e-mail sau alt mijloc de comunicare la distanță, cu excepția cazului în care legislația internă permite acest lucru în vederea îndeplinirii unei obligații contractuale și în măsura în care o permite".

71. După cum am arătat anterior, un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal ajunge în mod direct și individual la utilizatorul unui serviciu de poștă electronică întrucât este afișat în căsuța poștală cu mesaje primite a contului acestui utilizator, fiind inserat printre e-mailurile sale private. Din punctul de vedere al utilizatorului respectiv, acest mesaj publicitar ia aspectul unui e-mail care i-ar fi fost trimis individual. După cum arată Comisia, efectul mesajului menționat este, așadar, asemănător cu cel al unui marketing direct individualizat, indiferent dacă autorul anunțului a individualizat sau nu acest destinatar specific cu ocazia pregătirii tehnice a mesajului în cauză și indiferent dacă acest mesaj este sau nu tratat diferit de e-mailuri în ceea ce privește spațiul de stocare și funcționalitățile.

72. În consecință, considerăm că un mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal, care prezintă caracteristicile unui demers de marketing direct și este difuzat în acest scop, constituie o „solicitare" a utilizatorilor de servicii de poștă electronică, întrucât acest mesaj le este adresat în mod direct și individual într-un spațiu care este rezervat e-mailurilor lor private.

73. În ceea ce privește caracteristicile pe care trebuie să le prezinte „solicitările" pentru a intra sub incidența punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29, și anume că acestea trebuie să fie „repetate și nedorite", considerăm că revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă acestea sunt prezente în cadrul litigiului principal. În scopul acestei verificări, precizăm că afișarea unui mesaj publicitar precum cel în discuție în litigiul principal ar trebui, în lumina definiției pe care articolul 8 din Directiva 2005/29 o dă cu privire la ceea ce constituie o practică comercială agresivă, să fie suficient de frecventă și de regulată pentru a putea fi calificată drept „solicitări repetate", ceea ce nu pare a fi cazul în ceea ce privește un mesaj care a apărut numai de trei ori. În schimb, ar fi vorba, în opinia noastră, despre solicitări „nedorite" dacă s-ar stabili că utilizatorul serviciului de poștă electronică nu și-a dat consimțământul anterior afișării mesajelor publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a contului său de e-mail. Trebuie de asemenea să se țină seama de faptul că acest utilizator a adresat o scrisoare de punere în întârziere la 20 decembrie 2016 cu privire la o publicitate din 12 decembrie 2016 și, astfel, a comunicat în mod expres acestei societăți dorința sa de a nu primi acest tip de publicitate.

74. Având în vedere ansamblul acestor elemente, trebuie, în opinia noastră, să se răspundă la a cincea întrebare că noțiunea de „solicitări repetate și nedorite prin […] e-mail […]", prevăzută la punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29, trebuie interpretată în sensul că poate include comportamente precum cele în discuție în litigiul principal, constând în afișarea în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică a unor mesaje publicitare într-o formă care se aseamănă cu cea a e-mailurilor și în același loc precum acestea din urmă. Revine însă instanței de trimitere sarcina de a verifica, pe de o parte, dacă afișarea acestor mesaje

[22] A se vedea în acest sens Hotărârea din 13 septembrie 2018, Wind Tre și Vodafone Italia (C-54/17 și C-55/17, EU:C:2018:710, punctul 40 și jurisprudența citată).

[23] A se vedea Hotărârea din 12 iunie 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, punctul 25).

publicitare a avut un caracter suficient de frecvent și de regulat pentru a putea fi calificată drept solicitări „repetate” și, pe de altă parte, dacă afișarea mesajelor respective poate fi calificată drept solicitări „nedorite”, ținând seama de existența sau inexistența consimțământului dat de acest utilizator anterior acestei afișări, precum și de opoziția la un astfel de procedeu publicitar exprimată de utilizatorul respectiv.

V. Concluzie

75. Având în vedere considerațiile care precedă, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania) după cum urmează:

1) Articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2009/136/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009, trebuie interpretat în sensul că constituie o „folosire a poștei electronice în scopuri de marketing direct”, potrivit acestei dispoziții, afișarea în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică a unor mesaje publicitare într-o formă care se aseamănă cu cea a e-mailurilor și în același loc precum acestea din urmă, stabilirea aleatorie a destinatarilor mesajelor respective neavând nicio incidență în această privință, fără a fi necesar să se constate o povară pentru utilizator care depășește hărțuirea. Revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă utilizatorul respectiv a dat un consimțământ care să fie cel puțin liber, specific și informat anterior afișării unor astfel de mesaje publicitare în căsuța poștală cu mesaje primite a contului său de e-mail.

2) Noțiunea de „solicitări repetate și nedorite prin […] e-mail […]”, prevăzută la punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”), trebuie interpretată în sensul că poate include comportamente precum cele în discuție în litigiul principal, constând în afișarea în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului unui serviciu de poștă electronică a unor mesaje publicitare într-o formă care se aseamănă cu cea a e-mailurilor și în același loc precum acestea din urmă. Revine însă instanței de trimitere sarcina de a verifica, pe de o parte, dacă afișarea acestor mesaje publicitare a avut un caracter suficient de frecvent și de regulat pentru a putea fi calificată drept solicitări „repetate” și, pe de altă parte, dacă afișarea mesajelor respective poate fi calificată drept solicitări „nedorite”, ținând seama de existența sau inexistența consimțământului dat de acest utilizator anterior acestei afișări, precum și de opoziția la un astfel de procedeu publicitar exprimată de utilizatorul respectiv.