Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
J. RICHARD DE LA TOUR
представено на 24 юни 2021 година [1]

Дело C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
срещу
eprimo GmbH,
в присъствието на
Interactive Media CCSP GmbH

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия)

„Преюдициално запитване — Директива 2002/58/ЕО — Обработка на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации — Рекламно съобщение, включено във входящата пощенска кутия на потребител на услуга за електронна поща — Член 2, втора алинея, буква з) — Понятие „електронна поща“ — Член 13, параграф 1 — Понятие „използване на електронна поща за целите на директен маркетинг“ — Директива 2005/29/ЕО — Нелоялни търговски практики — Приложение I, точка 26 — Понятие „упорито и нежелано увещаване по електронна поща“

I. Въведение

1. Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 2, втора алинея, буква з) и член 13, параграф 1 от Директива 2002/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 година относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации (Директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронни комуникации) [2], изменена с Директива 2009/136/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 г. [3] (наричана по-нататък „Директива 2002/58“), както и на точка 26 от приложение I към Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, директиви 97/7/ЕО,

[1] Език на оригиналния текст: френски.

[2] ОВ L 201, 2002 г., стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 36, стр. 63,

[3] ОВ L 337, 2009 г., стр. 11.

98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) [4].

2. Запитването е отправено в рамките на спор между StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (наричано по-нататък „StWL“) и eprimo GmbH, две дружества, които доставят електроенергия на крайни потребители, по повод съвместимостта с националната правна уредба в областта на нелоялната конкуренция на рекламна дейност, извършвана по искане на eprimo от Interactive Media CCSP GmbH (наричано по-нататък „Interactive Media“), изразяваща се в поставянето на рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на потребителите на безплатната услуга за електронна поща „T-Online“.

3. Разглежданата в главното производство рекламна техника е трудна за квалифициране, тъй като, от една страна, тя се различава от техническия модел на имейла, а от друга страна, изглежда, от гледна точка на получателя се бърка с непоисканите електронни съобщения (спам), които са основна мишена на защитата, предвидена по-специално в член 13, параграф 1 от Директива 2002/58.

4. В настоящото заключение ще предложа на Съда, на първо място, да постанови, че член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 трябва да се тълкува в смисъл, че поставянето във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща на рекламни съобщения във форма, която наподобява формата на имейлите, на същото място, където са последните, представлява „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на тази разпоредба, като определянето на получателите на посочените съобщения на случаен принцип не оказва влияние в това отношение и не е необходимо да бъде установено, че наложеното на този потребител бреме надхвърля причиненото му затормозяване. Запитващата юрисдикция следва да провери дали посоченият потребител е дал съгласие, което да е най-малко свободно изразено, конкретно и информирано, преди поставянето на такива рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на неговия имейл акаунт.

5. Второ, ще предложа на Съда да приеме, че понятието „упорито и нежелано увещаване по […] електронна поща“ по смисъла на точка 26 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че може да обхваща поведение като разглежданото в главното производство, което се изразява в поставянето във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща на рекламни съобщения, чиято форма наподобява имейлите, и на същото място като последните. Все пак запитващата юрисдикция трябва да провери, от една страна, дали появяването на тези рекламни съобщения е било достатъчно често и редовно, за да може да се квалифицира като „упорито“ увещаване, и от друга страна, дали появяването на посочените съобщения може да се квалифицира като „нежелано“ увещаване, като вземе предвид наличието или липсата на дадено от този потребител съгласие преди появяването, както и изразеното от посочения потребител противопоставяне на такъв рекламен похват.

[4] ОВ L 149, 2005 г., стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 14, стр. 260.

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

1. Директива 2002/58

6. Съображения 4 и 40 от Директива 2002/58 гласят:

„(4) Директива 97/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 15 декември 1997 година относно обработката на лични данни и защитата на неприкосновеността на личния живот в телекомуникационния сектор[5] изяснява принципите, изложени в Директива 95/46/ЕО [на Европейския парламент и на Съвета от 24 октомври 1995 година за защита на физическите лица при обработването на лични данни и за свободното движение на тези данни[6]] в специфични разпоредби за телекомуникационния сектор. Директива [97/66] трябва да бъде пригодена към развитието на пазари и технологии за електронни комуникационни услуги, за да осигури еднакво ниво на защита на лични данни и неприкосновеност на личния живот за потребители на публично достъпни електронни комуникационни услуги, независимо от използваните технологии. Тази директива, следователно, следва да бъде отменена и заменена от настоящата директива.

[…]

(40) На абонатите следва да бъдат предоставени защити срещу намеса в неприкосновеността на личния им живот от нежелана комуникация с цел директен маркетинг, и по-специално посредством автоматично набиращи машини, факсове и електронни пощи, включително кратките съобщения по мобилните телефони. Тези форми на нежелана търговска комуникация могат от една страна да бъдат сравнително лесно и евтино извършвани, но от друга страна могат да налагат бреме и/или разход на получателя. При това в някои случаи техният обем може също да причини затруднения за мрежите за електронна комуникация и терминалното оборудване. За такива форми на нежелани съобщения за директен маркетинг е оправдано да се поиска предварително изричното съгласие на получателите преди такива съобщения да бъдат адресирани до тях. Единният пазар изисква хармонизиран подход, за да се осигурят прости правила в [целия Съюз] за търговските дейности и потребителите“.

7. Член 2 от Директива 2002/58, озаглавен „Дефиниции“, гласи:

„Освен ако не е предвидено друго, се прилагат дефинициите от Директива [95/46] и от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно обща регулаторна структура за електронни комуникационни мрежи и услуги („Рамкова директива“) [7].

5 ОВ L 24, 1998 г., стр. 1.

6 ОВ L 281, 1995 г., стр. 31; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 10.

7 ОВ L 108, 2002 г., стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 195.

Прилагат се също следните дефиниции:

[…]

г) „комуникация“ означава всяка информация, обменена или пренесена между определен брой страни с помощта на публично достъпни електронни комуникационни услуги. Това не включва информация, пренасяна като част от услуга за публично радио-разпръскване през електронни комуникационни мрежи с изключение на информацията, която може да бъде свързана с идентифицируем абонат или потребител, получаващ информацията;

[…]

е) „съгласие“ на потребител или абонат отговаря на съгласието на заинтересованото лице по Директива [95/46[8]];

[…]

з) „електронна поща“ означава всеки текст, глас, звук или образ, изпратен през публични комуникационни мрежи, който може да се съхранява в мрежата или в терминалното оборудване на получателя, докато се вземе от получателя;

[…]“.

8. Член 13 от Директива 2002/58, озаглавен „Непоискани съобщения“, гласи:

„1. Използването на автоматизирани повикващи системи и системи за комуникация без човешка намеса (автоматично повикващи машини), машини за факсимилета (факс) или електронна поща за целите на директен маркетинг, може да бъде позволено само по отношение на абонати или ползватели, които са дали предварително своето съгласие.

2. Независимо от параграф 1, когато физическо или юридическо лице получи от своите клиенти техните електронни координати за електронна поща, в контекста на продажбата на продукт или услуга, в съответствие с Директива [95/46], същото физическо или юридическо лице може да използва тези електронни координати за директен маркетинг на неговите собствени подобни продукти или услуги, при условие че на клиентите ясно и отчетливо е дадена възможност да възразят безплатно и по лесен начин на такова използване на електронни координати в момента на тяхното събиране и при всяко съобщение, в случай че клиентът не е отказал първоначално такова използване.

3. Държавите членки предприемат подходящи мерки, за да гарантират, че непоисканите съобщения за целите на директен маркетинг в случаите, различни от посочени в параграфи

[8] Съгласно член 2, буква з) от Директива 95/46 „съгласие на съответното физическо лице“ означава всяко свободно изразено, конкретно и информирано указание за волята на съответното физическо лице, с което то дава израз на своето съгласие за обработка на личните данни, които се отнасят до него“. Тази директива е отменена, считано от 25 май 2018 г., от Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните) (ОВ L 119, 2016 г., стр. 1), според член 4, точка 11 от който „съгласие на субекта на данните“ означава всяко свободно изразено, конкретно, информирано и недвусмислено указание за волята на субекта на данните, посредством изявление или ясно потвърждаващо действие, което изразява съгласието му свързаните с него лични данни да бъдат обработени“. Съгласно член 94, параграф 2 от този регламент, озаглавен „Отмяна на Директива [95/46]“, „[п]озоваванията на отменената директива се тълкуват като позовавания на настоящия регламент“.

1 и 2, не са разрешени без съгласието на засегнатите абонати или ползватели или по отношение на абонати или ползватели, които не желаят да получават тези съобщения, като изборът между тези възможности се определя от националното законодателство, като се взема предвид, че и двете възможности трябва да са безплатни за абоната или ползвателя.

4. Във всеки случай се забранява практиката да се изпраща електронна поща за целите на директен маркетинг, маскираща или скриваща идентичността на подателя, от чието име се прави съобщението, или в нарушение на член 6 от Директива 2000/31/ЕО [на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия)[9]], или без валиден адрес, на който получателят да може да изпрати искане да се спрат такива съобщения, или насърчаваща получателите да посетят уебсайтове, които са в нарушение на посочения член.

[…]“.

2. Директива 2005/29

9. Съображение 17 от Директива 2005/29 гласи:

„Желателно е тези търговски практики, които са нелоялни във всички случаи, да бъдат определени, за да се осигури по-висока правна сигурност. Приложение I съдържа пълния списък на всички такива практики. Това са единствените търговски практики, които може да се считат за нелоялни, без оценка на индивидуални случаи съгласно разпоредбите на членове 5 до 9. Списъкът може да бъде променян само чрез изменение на директивата“.

10. Член 5 от Директива 2005/29 гласи:

„1. Забраняват се нелоялните търговски практики.

2. Една търговска практика е нелоялна, ако:

а) противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа,

и

б) съществено изопачава или е възможно да изопачи съществено икономическото поведение по отношение на продукта на средния потребител, до когото достига или за когото е предназначена стоката, или на средния представител на група, когато една търговска практика е ориентирана към група потребители.

[…]

4. По-специално търговските практики са нелоялни, когато:

а) са заблуждаващи по смисъла на членове 6 и 7,

или

[9] ОВ L 178, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257.

б) са агресивни по смисъла на членове 8 и 9.

5. Приложение I съдържа списъка на тези търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства. Същият списък се прилага във всички държави членки и може да бъде променян само чрез изменение на настоящата директива“.

11. Член 8 от Директива 2005/29 предвижда:

„Агресивна е търговска практика, която във фактически контекст, отчитайки всички нейни характеристики и обстоятелства, чрез тормоз, принуда, включително използване на физическа сила, или злоупотреба с влияние, значително накърнява или е възможно в значителна степен да накърни свободата на избор или поведение на средния потребител по отношение на стоката, и следователно го подтиква или е възможно да го подтикне да вземе решение за сделка, което в противен случай не би взел“.

12. Приложение I от тази директива съдържа списък на „[т]ърговски[те] практики, които се считат за нелоялни при всички обстоятелства“. Сред „[а]гресивни[те] търговски практики“ в точка 26 е посочено „[и]звършване на упорито и нежелано увещаване по телефон, факс, електронна поща или други дистанционни медии, освен при обстоятелства и в степен, предвидени от националното законодателство, с оглед изпълнение на договорно задължение. Това е без да се засягат разпоредбите на […] Директиви [95/46] и [2002/58]“.

Б. Германското право

13. Член 3, параграфи 1 и 2 от Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Закон срещу нелоялната конкуренция) [10] от 3 юли 2004 г., в редакцията, приложима към спора в главното производство, гласи:

„(1) Нелоялните търговски практики са недопустими.

(2) Търговските практики, които се адресират или достигат до потребителите, са нелоялни, когато не са съобразени с дължимата професионална грижа и когато са в състояние да окажат съществено влияние върху икономическото поведение на потребителя.

[…]“.

14. Член 5a, параграф 6 от UWG гласи:

„Който не посочи търговската цел на дадена практика, извършва […] акт на нелоялна конкуренция, когато тази цел не се установява пряко от контекста и когато непосочването ѝ може да накара потребителя да вземе решение за сделка, каквото иначе не би взел“.

15. Член 7, параграфи 1 и 2 от UWG предвижда:

„(1) Търговските практики, които затормозяват по неприемлив начин участник на пазара, са недопустими. Това се прилага по-специално за рекламата, когато е очевидно, че участникът на пазара, към когото е насочена, не я желае.

[10] BGBl. 2004 I, стр. 1414, наричан по-нататък „UWG“.

(2) Презюмира се, че винаги е налице затормозяване по неприемлив начин:

1. в случаите на реклама, при която се използва подходящо за дистанционна търговия средство за търговска комуникация, непосочено в точки 2 и 3 от тази разпоредба, когато с тази реклама упорито се увещава потребителят, въпреки че той очевидно не желае това;

[…]

3. в случай на реклама, при която се използват автоматично повикващи машини, факс или електронна поща, без изрично предварително съгласие на адресата, или

4. в случай на реклама под формата на съобщение

   а) изпратено така, че идентичността на подателя, от чието име се прави съобщението, е маскирана или скрита […]

   […]“.

16. Съгласно член 8 от UWG:

„(1) Срещу този, който извършва забранена по смисъла на член 3 или член 7 търговска практика, може да бъде предявен иск за преустановяването ѝ, а при опасност от повторност — за забраната ѝ. Правото да се иска забрана възниква, когато е налице опасност от поява на практика, противоречаща на член 3 или на член 7.

(2) Ако извършените от едно предприятие нарушения са в резултат от действията на служител или на упълномощено лице, искът за забрана и искът за прекратяване на противоправното положение се насочват и срещу собственика на предприятието.

(3) Право за предявяване на искове по параграф 1 има:

1. всеки конкурент;

[…]“.

III. Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

17. StWL и eprimo са конкуриращи се доставчици на електроенергия. По искане на eprimo рекламната агенция Interactive Media разпространява рекламни обявления във входящите пощенски кутии на потребителите на T-Online, безплатна услуга за електронна поща.

18. Рекламните съобщения, в които се обявява „спести повече“ с eprimo, се появяват в личната поща на потребител на T-online, и по-точно във входящата пощенска кутия, тоест в раздела, където получените имейли се появяват под формата на списък, при което се нареждат сред получените имейли. За разлика от тези имейли, рекламата, обозначена като „обява“, се появява в сиво и не съдържа нито дата, нито подател, като не може да бъде архивирана, препратена или да ѝ бъде отговорено чрез използване на предвидените от доставчика на услугата за електронна поща опции за обработка на имейли. Нещо повече, рекламата не се отчита в броя непрочетени имейли и не заема пространство за съхранение във входящата пощенска кутия. На 20 декември 2016 г. този потребител изпраща на eprimo

уведомително писмо във връзка с реклама от 12 декември 2016 г. и така изрично му указва волята си, че не желае да получава такива реклами. Въпреки това реклами от същия вид се появяват във входящата му пощенска кутия на 13 и на 15 януари 2017 г.

19. Разглежданите в главното производство рекламни съобщения се появяват във входящата пощенска кутия на потребителите на услугата за електронна поща на случаен принцип. При отваряне на уебсайта, съответстващ на определен имейл акаунт, до рекламния сървър се изпраща заявка (AdRequest) и този сървър изпраща съответните параметри до интернет браузъра на потребителя, чрез което във входящата пощенска кутия на този акаунт се появява избран на случаен принцип рекламен банер. Ако потребителят кликне на появилата се реклама, заявката се предава на рекламния сървър, който записва кликането и препраща браузъра към страницата на рекламодателя.

20. StWL счита, че този рекламен метод противоречи на конкурентното право, тъй като представлява неприемливо затормозяване и е подвеждащ, и сезира Landgericht Nürnberg-Fürth (Областен съд на Нюрнберг-Фюрт, Германия), който осъжда eprimo да прекрати в деловата си дейност и за целите на конкуренцията рекламирането на продажбата на електроенергия на крайни потребители чрез имейл акаунта T-online.

21. Въззивната жалба, подадена от eprimo до Oberlandesgericht Nürnberg (Висш областен съд Нюрнберг, Германия), е уважена, тъй като тази юрисдикция счита, че оспореното поставяне на рекламата във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща не е забранена търговска практика от гледна точка на конкурентното право.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (Висш областен съд Нюрнберг) приема, от една страна, че разглежданата реклама не представлява неприемливо затормозяване чрез използване на електронната поща по смисъла на член 7, параграф 2, точка 3 от UWG, тъй като тази реклама не може да се счита за електронна поща по смисъла на тази разпоредба. Във всички случаи посочената реклама не води до бреме или разход за потребителя на услугата за електронна поща, които да надхвърлят „обичайното“ затормозяване, предизвиквано от всяка реклама, и следователно не причинява неприемливо затормозяване по смисъла на общата разпоредба на член 7, параграф 1, първо изречение от UWG, по-специално с оглед обстоятелството, че услугата за електронна поща е безплатна.

23. От друга страна, тази юрисдикция прави извода, че разглежданата реклама не е недопустима на основание член 7, параграф 2, точка 4, буква а) от UWG, тъй като не става въпрос за реклама под формата на съобщения. Член 7, параграф 2, точка 1 от UWG също не се прилага, тъй като предполага „увещаване“, в смисъл на поведение, което досажда на потребителя, каквото в случая няма. Накрая, разглежданите обявли не могат да се считат за нелоялни с мотива, че са заблуждаващи по смисъла на член 5а, параграф 6 от UWG, тъй като те не крият своя рекламен характер.

24. Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия), сезиран от StWL с ревизионна жалба, счита, че отговорът на въпроса дали е налице право да се иска забрана на разглежданата практика, зависи от тълкуването на член 2, втора алинея, букви г) и з) и член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, както и на точка 26 от приложение I към Директива 2005/29 и на понятията „електронна поща“, „използване“ и „увещаване“.

25. Според запитващата юрисдикция поведението, в което е упрекнато eprimo, всъщност би могло да е незаконно съгласно член 7, параграф 2, точка 3 от UWG, който транспонира член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. Тя посочва, че е възможно и рекламата да е недопустима съгласно член 7, параграф 2, точка 1 от UWG, който транспонира точка 26 от приложение I към Директива 2005/29.

26. Най-напред, що се отнася до частта, свързана с прилагането на член 7, параграф 2, точка 3 от UWG, който транспонира член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, запитващата юрисдикция иска да получи от Съда разяснения относно понятията „електронна поща“ и нейното „използване“ за целите на директен маркетинг.

27. За да се определи дали разглежданата реклама попада в обхвата на понятието „електронна поща“, тази юрисдикция констатира най-напред, че съобщението, което е предадено в реално време от оператора на рекламния сървър към входящата пощенска кутия на имейл акаунта след отварянето на този уебсайт от страна на потребителя при свързването и се появява на посочения сайт, където може да бъде прочетено от този потребител, представлява „комуникация“ по смисъла на член 2, втора алинея, буква г) от Директива 2002/58. По-нататък, тя счита, че е необходимо да се провери дали рекламно съобщение като разглежданото в главното производство може да се квалифицира като „електронна поща“ по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от тази директива.

28. В това отношение тя си поставя въпроси относно посочения в тази разпоредба критерий за „изпращане“ на съобщението. Всъщност рекламата във входящата пощенска кутия не е изпратена от един потребител на услуга за електронна поща на друг потребител, а се визуализира от рекламни сървъри след отварянето на имейл акаунта на избран на случаен принцип потребител в някои от предвидените за това места във входящата пощенска кутия. Тоест, ако бъдат приложени критериите за традиционен имейл, „изпращане“ на съобщението може да липсва, така че рекламата, появяваща се в тази входяща пощенска кутия, да не може да се квалифицира като електронна поща. Въпреки това запитващата юрисдикция се пита дали целта за защита на неприкосновеността на личния живот на потребителя, прогласена в съображение 40 и преследвана от член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, не би могла да изисква функционален, а не технически подход при дефинирането на „изпращане“. Тази цел може да обоснове тълкуване на понятието „изпращане“ не въз основа на традиционните форми на електронна комуникация, а именно в смисъл на изпращане от даден потребител на друг предварително определен потребител, а във връзка с функцията, в смисъл на „разпространяване“.

29. От друга страна, запитващата юрисдикция си поставя въпроси относно определението на понятието „вземане“, съдържащо се в член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58. Тази юрисдикция обяснява, че от тази разпоредба, разглеждана във връзка със съображение 27 от същата директива[11], би могло да следва, че вземането на съобщението предполага целенасочено поведение на получателя, който отваря своя имейл акаунт и така изявява своята воля имейлите, съхранявани на сървъра на услугата за електронна поща, да бъдат визуализирани и да му бъдат предадени, докато при разглежданата реклама, която се съхранява на рекламен сървър, контролиран от разпространяващото я дружество, е достатъчно потребителят да отвори електронната поща, за да се появи рекламният банер в

[11] Съгласно текста на това съображение „[т]очният момент на приключването на предаването на комуникация, след който данните за трафика трябва да бъдат изтрити, с изключение за целите на изготвяне на сметка, може да зависи от типа на електронни комуникационни услуги, който е доставен. Например [...] [з]а електронна поща предаването е приключено веднага щом адресатът получи съобщението, обикновено от сървъра на своя доставчик на услуга“.

реално време, без ползващият интернет да си дава сметка за този процес и да може да изрази волята си за или против това появяване. Като цяло „вземането“, посочено в член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58, предполага действие от страна на потребителя с оглед предаването на съобщение, обикновено от сървъра на доставчика на услуги. Въпреки това посочената юрисдикция счита, че член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 изисква да бъде защитен потребителят от непоискани рекламни комуникации и следователно да се приеме, че отварянето на имейл акаунта в интернет е достатъчно, за да се счита за вземане като краен резултат.

30. Освен това запитващата юрисдикция изтъква, че преди показването във входящата пощенска кутия, предизвикано от свързването, спорната реклама се съхранява на рекламен сървър, тоест в мрежата. Според нея от съображение 27 от Директива 2002/58 не може да се направи извод, че под „електронна поща“ се имат предвид само съобщения, които се съхраняват на сървъра на самия доставчик на услугата.

31. Запитващата юрисдикция се пита също така дали е налице „електронна поща“ по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, когато дадено съобщение не е предадено на индивидуален, конкретно определен още преди предаването получател, а се появява на случаен принцип, както в случая. В това отношение запитващата юрисдикция изтъква, че спорната реклама е била представяна на случаен принцип сред клиентите на безплатната услуга за електронна поща, без да е възможна предварителна комуникация във връзка със съгласието на клиента. Поради това тя счита, че от предвиденото в тази разпоредба изискване за предварително съгласие не може да се направи извод, че всички форми на директен маркетинг чрез комуникационните мрежи са разрешени, доколкото съгласието на потребителите на услугата за електронна поща не може да се получи преди показването на дадена реклама поради техническите похвати, използвани от рекламодателя.

32. Нещо повече, запитващата юрисдикция счита, че трябва да се дефинира понятието „използване“ на електронна поща по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, и се пита дали, за да бъде обхванато от това понятие, „бремето“ [12], наложено на потребителя, трябва да надхвърля причиненото му затормозяване. В това отношение тя констатира, че тъй като въпросната реклама изглежда като имейл и поради това е по-видима в сравнение с реклама извън входящата пощенска кутия, затормозяването е по-голямо, отколкото в случай на реклама, показана отстрани на входящата пощенска кутия, и че при тези условия целта да бъде защитена неприкосновеността на личния живот на потребителите, може да не бъде постигната.

33. Второ, що се отнася до частта, свързана с прилагането на член 7, параграф 2, точка 1 от UWG, който транспонира точка 26 от приложение I към Директива 2005/29, запитващата юрисдикция счита, че критериите за „увещаване“ по смисъла на тази разпоредба трябва да бъдат уточнени. Според тази юрисдикция увещаването е изключено, когато комуникацията е адресирана до широката публика. Обратно, то предполага реклама, която е насочена точно към индивидуално определен клиент. В това отношение посочената юрисдикция се пита дали, за да е налице индивидуално насочена реклама, която да отговаря на критериите за увещаване, е необходимо контактът с даден клиент да бъде установен чрез традиционно средство за индивидуална комуникация между изпращач и получател като телефон, факс

[12] Вж. съображение 40 от Директива 2002/58.

или електронна поща, или е достатъчно, както в случая, връзката с потребител да бъде установена чрез появяването на рекламата във входящата пощенска кутия на неговия имейл акаунт, тоест в раздел, където той очаква да получи изпратени лично до него съобщения.

34. Според запитващата юрисдикция, доколкото рекламата, показана в тази входяща пощенска кутия, причинява на потребителя по-голямо затормозяване в сравнение с предизвикваното от традиционните рекламни банери, които се появяват в обичайно предвидените за това раздели на даден уебсайт и нямат същия индивидуален характер, целта на защитата по точка 26 от приложение I към Директива 2005/29 по всяка вероятност също е застрашена.

35. От друга страна, запитващата юрисдикция счита, че останалите условия на забранената с тази разпоредба практика са изпълнени. В това отношение тя изтъква, че потребителят на услугата за електронна поща е бил уведомяван общо три пъти — тоест многократно и следователно упорито — чрез рекламата, показана във входящата пощенска кутия на неговия акаунт на електронна поща. Тази реклама е нежелана, доколкото този потребител изрично е изразил пред eprimo волята си да не получава рекламни съобщения като разглежданите в главното производство.

36. В този контекст Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд) решава да спре производството по делото и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Изпълнени ли са характеристиките на понятието за изпращане по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58, ако дадена комуникация не е изпратена чрез доставчик на услуги от един потребител на електронна комуникационна услуга до друг потребител на електронния „адрес“ на втория потребител, а в резултат от отварянето на защитен с парола уебсайт на електронна поща рекламен сървър автоматично я показва на конкретни определени за тази цел места във входящата пощенска кутия на електронната поща на избран на случаен принцип потребител (реклама във входяща пощенска кутия)?

2) Предполага ли получаването на комуникация по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58/ЕО, след като узнае за наличието на комуникация, получателят да задейства чрез доброволна заявка за получаване на програмирано предаване на комуникацията, или е достатъчно появата на комуникация във входящата пощенска кутия на електронна поща да се задейства с отварянето на защитен с парола уебсайт на електронна поща от страна на потребителя?

3) Налице ли е електронна поща по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 и ако комуникацията не е изпратена на конкретно определен преди предаването отделен получател, а се показва във входящата пощенска кутия на избран на случаен принцип потребител?

4) Налице ли е използване на електронна поща за целите на директен маркетинг по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 само когато се установи, че е налице бреме за потребителя, което надхвърля затормозяването?

5) Налице ли е индивидуална реклама, изпълняваща условията за „увещаване“ по смисъла на точка 26, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29, само когато се установи контакт с клиент посредством средство за комуникация, което традиционно служи за индивидуална комуникация между изпращач и получател, или е достатъчно, както при рекламата в разглеждания спор, да се установи индивидуален контакт чрез показване на рекламата във входящата пощенска кутия на лична електронна поща, следователно на място, на което клиентът очаква индивидуално адресирани до него съобщения?“.

37. Писмени становища представят Interactive Media, eprimo, португалското правителство и Европейската комисия. StWL, Interactive Media, eprimo и Комисията отговарят в указания срок на поставените от Съда въпроси за писмен отговор.

IV. Анализ

38. Настоящото преюдициално запитване приканва Съда да се произнесе по въпроса дали и евентуално при какви условия може да се счита за съвместима с релевантните разпоредби на директиви 2002/58 и 2005/29 практика, съгласно която рекламни съобщения се показват във входящата пощенска кутия на потребител на услуга за електронна поща, която се предоставя на този потребител безплатно и която се финансира от платената от рекламодателите реклама.

39. Както се установява от точка 26 от приложение I към Директива 2005/29, забраната за „[и]звършване на упорито и нежелано увещаване по телефон, факс, електронна поща или други дистанционни медии, освен при обстоятелства и в степен, предвидени от националното законодателство, с оглед изпълнение на договорно задължение“, се прилага, без да се засягат правилата, прогласени по-специално в Директива 2002/58. Както запитващата юрисдикция приканва Съда, ще разгледам последователно въпросите относно тълкуването, от една страна, на Директива 2002/58 и от друга страна, на Директива 2005/29.

A. За тълкуването на релевантните разпоредби на Директива 2002/58

40. С *първия и втория въпрос*, запитващата юрисдикция по същество моли Съда да се произнесе дали критериите, които позволяват да се дефинира „електронна поща“ по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58, са изпълнени в хипотезата на рекламно съобщение, което се появява във входящата пощенска кутия на потребител на услуга за електронна поща. По-точно тя пита дали едно съобщение може да се счита за „изпратено“ по смисъла на тази разпоредба, когато не е предадено от този потребител на друг потребител чрез доставчик на услуги на електронния адрес на другия потребител, а се появява автоматично след отварянето на уебсайта на защитен имейл акаунт във входящата пощенска кутия на потребител, който е избран на случаен принцип. Запитващата юрисдикция също така пита дали, за да може дадено съобщение да се счита за „взето“ по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58, е необходимо получателят целенасочено да стартира предаването на данните на разглежданото съобщение, или е достатъчно това съобщение да се покаже във входящата пощенска кутия след отварянето на уебсайта на защитения имейл акаунт.

41. С *третия и четвъртия въпрос* запитващата юрисдикция моли за тълкуване на понятието „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. По-точно с третия въпрос тя иска да разбере дали е налице „електронна поща“ по смисъла на тази разпоредба, когато дадено съобщение не е изпратено на индивидуално определен преди предаването получател, а е показано във входящата пощенска кутия на потребител, избран на случаен принцип. Освен това запитващата юрисдикция пита дали „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 е установено само когато се приеме, че бремето за потребителя надхвърля затормозяването.

42. Съгласно член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58 „електронна поща“ означава „всеки текст, глас, звук или образ“. Този елемент от определението не повдига спор в рамките на настоящото дело и със сигурност е налице при рекламно съобщение като разглежданото в главното производство.

43. Като се има предвид това уточнение, трябва да бъдат изпълнени още три критерия, за да може едно съобщение да се квалифицира като „електронна поща“ по смисъла на тази разпоредба. Първо, съобщението трябва да е изпратено „през публични комуникационни мрежи“. Второ, това съобщение трябва да може „да се съхранява в мрежата или в терминалното оборудване на получателя“. Трето, посоченото съобщение трябва да може да се вземе от получателя.

44. По въпроса дали рекламно съобщение като разглежданото в главното производство отговаря на тези три критерия, в цялост или само частично, се сблъскват две тези.

45. Според защитаваната от eprimo и Interactive Media теза, която се противопоставя на квалифицирането като „електронна поща“, рекламно съобщение, което се появява на случаен принцип във входящата пощенска кутия на имейл акаунт, не може да се счита за изпратено, съхранявано и взето в съответствие с изискванията на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58. Доводите, изложени в подкрепа на тази теза, се основават на идеята, че такова съобщение не притежава присъщите на един традиционен имейл характеристики. Първо, то не се изпращало от един потребител на друг, а се появявало временно и автоматично във входящата пощенска кутия на избрани на случаен принцип потребители. Второ, рекламно съобщение като разглежданото в главното производство не се съхранявало в мрежата или в терминалното оборудване на получателя. Трето, това съобщение не се вземало от получателя, тъй като това предполагало целенасочено поведение от страна на получателя да се запознае с конкретно съобщение, като го избере.

46. От своя страна, тезата, подкрепяща квалифицирането като „електронна поща“ на рекламно съобщение като разглежданото в главното производство, която се поддържа от запитващата юрисдикция и отчасти от португалското правителство, се основава на необходимостта от функционално тълкуване на понятието „електронна поща“ с оглед постигане на целта за защита на неприкосновеността на личния живот на потребителите на услуги за електронна поща. Такова тълкуване води до това, че всеки от критериите за това понятие трябва да се преценява гъвкаво. Така трябвало да се счита, че рекламно съобщение, което е разпространено и показано във входящата пощенска кутия на имейл акаунта на потребителя на услуга за електронна поща, му е „изпратено през публични комуникационни мрежи“ по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58, независимо от използваната технология. Обстоятелството, че това съобщение се съхранява на рекламен сървър, а не в терминалното оборудване на получателя, било

достатъчно, тъй като можело да се счита, че става въпрос за съхраняване „в мрежата“ по смисъла на същата разпоредба. Нещо повече, такова съобщение, което се появява при отваряне на уебсайта на имейл акаунта, трябвало да се счита за взето, както изисква посочената разпоредба. По последния въпрос доводите на португалското правителство са малко по-различни, тъй като то счита, че рекламно съобщение, появило се във входящата пощенска кутия, не може да бъде взето от своя получател. Все пак, доколкото това съобщение продължава да се съхранява в мрежата, това било достатъчно, за да се квалифицира то като „електронна поща“ по смисъла на член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58.

47. С оглед на преобладаващо техническите аргументи, изложени в подкрепа на всяка от двете тези, аз възприемам доводите, развити от запитващата юрисдикция в посока на функционално тълкуване на понятието „електронна поща“, при което би могло да се приеме, че рекламно съобщение като разглежданото в главното производство отговаря на критериите, предвидени в член 2, втора алинея, буква з) от Директива 2002/58.

48. Във всички случаи аз считам, че това понятие не трябва да се тълкува изолирано, а като се вземе предвид разпоредбата, в която е използвано, в случая по-конкретно член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. При това положение аз се присъединявам към StWL и Комисията, които считат, че релевантното понятие, което трябва да се тълкува в настоящото дело, е понятието „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на тази разпоредба. Ето защо ще съсредоточа своя анализ върху тълкуването на посочената разпоредба, като разгледам нейния текст, нейната цел и необходимостта от гарантиране на нейното полезно действие.

49. В това отношение отбелязвам, че член 13 от Директива 2002/58 е озаглавен „Непоискани съобщения“. Ако се позовем на определението на понятието „комуникация“, съдържащо се в член 2, втора алинея, буква г) от тази директива, член 13 от посочената директива е призван да се прилага към „всяка информация, обменена или пренесена между определен брой страни с помощта на публично достъпни електронни комуникационни услуги“.

50. Ако дадена комуникация попада в приложното поле на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, тя е позволена, при условие че нейният получател е дал предварително съгласие. От член 2, втора алинея, буква е) от Директива 2002/58, разглеждан във връзка с член 94, параграф 2 от Регламент 2016/679, следва, че това съгласие трябва да отговаря на изискванията по член 2, буква з) от Директива 95/46 или по член 4, точка 11 от този регламент в зависимост от това коя от тези две норми се прилага ratione temporis към разглежданите в главното производство факти. Когато става въпрос за иск за забрана на незаконна търговска практика, не е изключено, в хипотеза, при която образуваното от StWL производство има за цел да накара eprimo да преустанови своето поведение за в бъдеще, Регламент 2016/679 да се окаже приложим ratione temporis в спора в главното производство, въпреки че фактите в основата на този спор са настъпили преди 25 май 2018 г., датата, от която се прилага този регламент, тъй като Директива 95/46 се отменя,

считано от същата дата [13]. От това следва, че най-малкото трябва да има „свободно изразено, конкретно и информирано указание за волята“ [14].

51. Член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 уточнява за кои видове комуникация се прилага изискването за предварително съгласие от страна на техните получатели. Става въпрос, от една страна, за комуникации с цел директен маркетинг, тоест комуникации с търговска цел, които са адресирани пряко и лично до потребителите на електронни комуникационни услуги. От друга страна, тези комуникации трябва да достигат до потребителите чрез „[и]зползването на автоматизирани повикващи системи без човешка намеса (автоматично повикващи машини), машини за факсимилета (факс) или електронна поща“.

52. Ето защо член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 не се прилага по принцип към рекламните прозорци, които могат да се появят при разглеждането на уебсайтове. Тази разпоредба се отнася единствено до комуникациите с цел директен маркетинг, които достигат пряко и лично до своите получатели посредством някои канали за електронна комуникация като електронната поща [15].

53. Актуалната редакция на член 13 от Директива 2002/58 е резултат от Директива 2009/136, в съображение 67 от която се посочва, че „[п]редпазните мерки, предоставени на абонатите срещу намеса в неприкосновеността на личния им живот чрез нежелани съобщения с цел директен маркетинг посредством електронна поща *следва да се прилагат и спрямо кратките съобщения (SMS), мултимедийните услуги (MMS) и други видове подобни приложения*“ [16]. Така законодателят на Съюза е искал да възприеме широка концепция за средствата за електронна комуникация, чрез които се извършва директен маркетинг, отиваща по-далеч от имейлите. Тази широка концепция намира израз и в съображение 40 от Директива 2002/58, която извежда на преден план необходимостта „[н]а абонатите […] да бъдат предоставени защити срещу намеса в неприкосновеността на личния им живот от нежелана комуникация с цел директен маркетинг, *и по-специално* посредством автоматично набиращи машини, факсове и електронни пощи, включително кратките съобщения по мобилните телефони“ [17], от което се разбира, че електронната поща не се ограничава до имейлите, но и че списъкът на цитираните средства за комуникация не е изчерпателен. Волята на законодателя на Съюза да обхване широк спектър от комуникации, извършвани за целите на директен маркетинг, се подкрепя и от съображение 4 от Директива 2002/58, в което се потвърждава целта „да [се] осигури еднакво ниво на защита на лични данни и неприкосновеност на личния живот за потребители на публично

[13] Вж. в това отношение решение от 1 октомври 2019 г., Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, т. 38—43) и заключението на генералния адвокат Szpunar по дело Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, т. 44—49). Вж. още решение от 11 ноември 2020 г., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, т. 28—32).

[14] Както посочва Съдът в решението си от 11 ноември 2020 г., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „текстът на член 4, точка 11 [от Регламент 2016/679], който определя „съгласие[то] на субекта на данни“ за целите [на този регламент] […], се оказва още по-стриктен от този на член 2, буква з) от Директива 95/46, доколкото изисква „свободно изразено, конкретно, информирано и недвусмислено“ указание за волята на субекта на данни под формата на изявление или „ясно потвърждаващо действие“, което изразява съгласието му свързаните с него лични данни да бъдат обработени. Така активното даване на съгласие сега вече е изрично предвидено в [посочения] [р]егламент“ (т. 36 и цитираната съдебна практика).

[15] В това отношение, както следва от решение от 13 юни 2019 г., Google (C-193/18, EU:C:2019:498), няма значение, че услуга за електронна поща по интернет сама по себе си не представлява „електронна съобщителна услуга“ по смисъла на член 2, буква в) от Директива 2002/21, изменена с Директива 2009/140/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 г. (ОВ L 337, 2009 г., стр. 37), доколкото не се състои изцяло или главно в пренасянето на сигнали на електронни съобщителни мрежи.

[16] Курсивът е мой.

[17] Курсивът е мой.

достъпни електронни комуникационни услуги, *независимо от използваните технологии*“ [18]. Тази цел налага възприемането на динамична и неутрална от технологична гледна точка концепция за понятията в Директива 2002/58.

54. Какъвто и да е обхватът на средствата за комуникация, използвани за целите на директен маркетинг, които са призвани да влязат в приложното поле на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, според мен определящо в разглежданото в главното производство положение е, че разглежданите в главното производство рекламни съобщения достигат до своите получатели именно чрез *използване* на електронна поща. Както Комисията, така и аз отбелязвам, че тези съобщения се появяват във входящата пощенска кутия на акаунта на потребителя на услуга за електронна поща, тоест на място, което обикновено е запазено за електронната поща stricto sensu, каквато са личните имейли. Следователно изпращачът на посочените съобщения си служи с електронната поща, за да достигне до потребителя, поради което наистина става въпрос за съобщения с цел директен маркетинг „посредством електронна поща“, в съответствие с посоченото в съображение 67 от Директива 2009/136, с оглед на което трябва да се тълкува член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. Ето защо според мен включването на съобщения като разглежданите в главното производство в списъка на личните имейли трябва да се квалифицира като *използване* на електронна поща за целите на директен маркетинг, което попада в приложното поле на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58.

55. Поради своето местонахождение във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща спорната рекламна практика позволява да се достигне пряко и лично до този потребител, в личното му пространство, каквото е тази пощенска кутия със защитен с парола достъп, при това с ефективност, която ми изглежда съпоставима с ефективността на непоисканите имейли (спам). Изборът на място за спорната реклама във входящата пощенска кутия не е случаен и за целите на прилагането на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 проявява важна разлика с рекламните банери, които се появяват встрани и отделно от списъка на личните имейли. Всъщност, като се появява на същото място като личните имейли, спорната реклама се ползва със същото внимание, каквото потребителят отдава на последните. Както основателно посочва Комисията, в такива случаи икономическите оператори, които допринасят за разпространяването на тази реклама, се възползват от входящата пощенска кутия за лични имейли, както и от интереса и доверието на потребителите на услуга за електронна поща към тази входяща пощенска кутия, като придават на своите рекламни съобщения външен вид, който въпреки някои минимални разлики наподобява този на личните имейли. От друга страна, доколкото рекламните съобщения заемат във входящата пощенска кутия редове, които обикновено са запазени за личните имейли, и поради приликата им с последните, налице е риск от объркване между тези две категории съобщения, което може да доведе до това потребителят, кликнал върху реда, съответстващ на рекламното съобщение, да бъде пренасочен против волята си към уебсайт, съдържащ въпросната реклама, вместо да продължи да разглежда своите лични имейли.

56. Както Комисията, така и аз считам, че констатацията, че за разлика от личните имейли рекламното съобщение се появява на сив фон, не заема пространство за съхранение и не предлага обичайните функционалности на имейлите, не е пречка да се признае наличието на намеса в неприкосновеността на личния живот на потребителите на услуга за електронна поща. Поради това че се появяват в същия списък като личните имейли, разглежданите в

[18] Курсивът е мой.

главното производство рекламни съобщения изискват същото внимание и същото действие с оглед премахването им, каквото изискват непоисканите имейли (спам), поради което интензитетът на вредност ми изглежда подобен. Освен това, тъй като тези съобщения нямат същите функционалности като имейлите, това води до допълнителен елемент на вредност в сравнение с непоисканите имейли (спам), тъй като специфичната обработка, от която се нуждаят, може да доведе до грешки при премахването им или до случайни кликания върху рекламата.

57. В обобщение, в случая намесата в неприкосновеността на личния живот ми се струва характеризирана от използването на средство за комуникация, в случая електронната поща, което обичайно се използва за изпращане и получаване на лична кореспонденция. За разлика от рекламните банери, които се появяват встрани и отделно от списъка на личните имейли, показването на разглежданите в главното производство рекламни съобщения във входящата пощенска кутия за получаване на лични имейли, която потребителят счита за част от своето лично пространство, затормозява достъпа до последните до степен и по начин, които много напомнят на непоисканите имейли (спам). По мое мнение от това следва, че така се засяга целта, която си поставя член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, разглеждан във връзка със съображение 40 от нея и съображение 67 от Директива 2009/136, да бъдат защитени потребителите от всякакви посегателства над неприкосновеността на личния им живот от непоискани комуникации, извършени с цел директен маркетинг. Следователно навлизането в личното пространство чрез използването на входящата пощенска кутия за електронна поща е установено и според мен то е достатъчно основание спрямо разглежданата в главното производство техника за директен маркетинг да се прилага изискването за предварително съгласие от страна на потребителя на услуга за електронна поща.

58. Според мен полезното действие на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 би било засегнато, ако се допусне възможността рекламни съобщения като разглежданите в главното производство да се появяват във входящата пощенска кутия на акаунта на потребителя на услуга за електронна поща, без той да е дал предварително съгласието си да получава такива съобщения под тази форма и на това място.

59. Ето защо целта, която си поставя законодателят на Съюза и която се изразява в защита на потребителя срещу непрекъснатото насищане на входящите му пощенски кутии или частните му телефонни линии с непоискани търговски съобщения или повиквания, налага да се гарантира полезното действие на тази разпоредба. Това предполага тя да бъде тълкувана в смисъл, че се отнася до рекламните съобщения, които поради приликата си с лични имейли и поради местонахождението си в списъка с лични имейли представляват намеса в неприкосновеността на личния живот на потребителите на услуги за електронна поща. Такова тълкуване би трябвало да се възприеме, за да се избегне възможността за заобикаляне на изискването за предварително съгласие, наложено от член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, въпреки че според мен рекламно съобщение като разглежданото в главното производство несъмнено представлява действие на директен маркетинг по електронен път, което за разпространението си използва входящата пощенска кутия, предназначена обичайно само за лични имейли, като води до същите последици и до същата вредност като непоискан рекламен имейл (спам), който е една от основните мишени на тази разпоредба.

60. От друга страна, с оглед на целта за технологична неутралност, също преследвана от законодателя на Съюза, е важно, както посочих по-горе, да бъде възприето широко тълкуване на приложното поле на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, за да могат да се обхванат нови техники за директен маркетинг.

61. В отговор на третия поставен от запитващата юрисдикция въпрос добавям, че обстоятелството, че рекламно съобщение като разглежданото в главното производство е показано във входящата пощенска кутия на избран на случаен принцип потребител, според мен изобщо не пречи да се установи наличието на „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. Всъщност аз считам, също както португалското правителство, че случайният или предварително направен избор на получател не е условие за прилагане на тази разпоредба. С други думи, няма голямо значение дали разглежданата реклама е адресирана до предварително определен и лично идентифициран получател, или става въпрос за масово разпространение на случаен принцип до множество получатели. Важното е, че е налице комуникация с търговска цел, която засяга пряко и лично един или повече потребители на услуги за електронна поща, тъй като се появява във входящата пощенска кутия на имейл акаунта на тези потребители.

62. Необходимо е също така в отговор на четвъртия поставен от запитващата юрисдикция въпрос да се уточни, че за да се квалифицира един акт на рекламиране като разглеждания в главното производство като „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, не е необходимо да се установява, че наложеното на потребителя бреме надхвърля причиненото му затормозяване. Всъщност, както се установява от съображение 40 от тази директива, предвиденото в тази разпоредба изискване за предварително съгласие се обяснява по-специално с факта, че нежеланата комуникация с цел директен маркетинг може да „налага[…] бреме и/или разход на получателя“. След като такава комуникация попада в приложното поле на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, може да се презюмира, че тя налага бреме за получателя, без да е необходимо да се определя дали това бреме надхвърля затормозяването.

63. От гореизложените съображения следва, че рекламно съобщение като разглежданото в главното производство според мен попада в приложното поле на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. Следователно акт на директен маркетинг от този вид не е позволен, ако неговият получател не е дал предварително съгласие.

64. Както посочих по-горе, във всеки случай трябва да става въпрос за свободно изразено, конкретно и информирано съгласие [19].

65. В това отношение запитващата юрисдикция следва да провери дали по време на процедурата за регистриране на безплатен имейл адрес или в друг момент потребителят е бил информиран за точните условия и ред, при които рекламата се разпространява след отваряне на уебсайта, съответстващ на този имейл акаунт. В частност следва да се увери, че този потребител е бил уведомен ясно и точно, че рекламни банери се появяват не само встрани и отделно от списъка на личните имейли, но и в самия списък. Подобна информация трябва да позволи на посочения потребител лесно да определи последиците от евентуално даденото съгласие и да гарантира, че съгласието се дава при пълно

[19] Вж. точка 50 от настоящото заключение.

познаване на фактите [20]. Въз основа на това е важно да провери дали същият потребител е дал съгласието си „конкретно“ за разглеждания в главното производство рекламен похват, тоест, дали е дал изрично съгласие да получава рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на своя имейл акаунт [21].

66. Наистина икономическият модел, според който функционират редица доставчици на услуги за електронна поща в интернет, често се основава на рекламата. В това отношение потребителят на такива услуги се съгласява безплатната услуга по някакъв начин да се компенсира с появата на реклами. Това обаче не променя изискването по член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 приемането на рекламата, когато тя се появява в самата входяща пощенска кутия на имейл акаунта, да се изразява чрез съгласие от потребителя на такъв акаунт.

67. Ето защо по гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на запитващата юрисдикция, че член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 трябва да се тълкува в смисъл, че показването във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща на рекламни съобщения, чиято форма наподобява имейли, на същото място, където се появяват имейлите, представлява „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на тази разпоредба, като определянето на получателите на посочените съобщения на случаен принцип не оказва влияние в това отношение и не е необходимо да се установява, че бремето, наложено на този потребител, надхвърля затормозяването. Запитващата юрисдикция трябва да провери дали посоченият потребител е дал съгласие, което да е най-малко свободно изразено, конкретно и информирано, преди показването на такива рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на неговия имейл акаунт.

Б. За тълкуването на точка 26 от приложение I към Директива 2005/29

68. С петия въпрос запитващата юрисдикция по същество пита дали точка 26 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че показването на рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща представлява упорито и нежелано увещаване по електронна поща.

69. Член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 определя критериите, позволяващи да се установи дали дадена търговска практика е нелоялна, и уточнява в параграф 4, че нелоялни са по-специално търговските практики, които са „заблуждаващи“ по смисъла на членове 6 и 7 от тази директива, както и тези, които са „агресивни“ по смисъла на членове 8 и 9 от посочената директива. Член 5, параграф 5 от Директива 2005/29 предвижда освен това, че приложение I към нея „съдържа списъка на тези търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства“. В това отношение съображение 17 от Директива 2005/29 уточнява, че за да се осигури по-висока правна сигурност, единствените търговски практики, които може да се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства, без оценка на индивидуални случаи съгласно разпоредбите на членове 5—9, са практиките, изброени в

[20] Вж. по-специално решение от 11 ноември 2020 г., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, т. 40 и цитираната съдебна практика).

[21] Както посочва Съдът в решението си от 11 ноември 2020 г., Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), „член 2, буква з) от Директива 95/46 и член 4, точка 11 от Регламент 2016/679 изискват „конкретно“ изразена воля в смисъл, че тя трябва да се отнася именно за съответното обработване на данни и не би могла да се извежда от волеизявление със самостоятелен предмет“ (т. 38 и цитираната съдебна практика).

приложение I към нея [22]. Тъй като приложение I към Директива 2005/29 представлява пълен и изчерпателен списък, разглежданата в главното производство търговска практика може да се квалифицира като агресивна при всякакви обстоятелства по смисъла на тази директива само ако съответства на един от случаите, изброени в точки 24—31 от това приложение [23].

70. Сред „агресивните търговски практики“, изброени в точка 26 от приложение I, е посочено „[и]звършване[то] на упорито и нежелано увещаване по телефон, факс, електронна поща или други дистанционни медии, освен при обстоятелства и в степен, предвидени от националното законодателство, с оглед изпълнение на договорно задължение“.

71. Както посочих по-горе, рекламно съобщение като разглежданото в главното производство достига пряко и лично до потребителя на услуга за електронна поща, доколкото се показва във входящата пощенска кутия на имейл акаунта на този потребител, наредено сред личните имейли. От гледна точка на посочения потребител това рекламно съобщение изглежда като имейл, изпратен лично до него. Следователно, както отбелязва Комисията, ефектът на посоченото съобщение е подобен на пряк индивидуализиран маркетинг, независимо дали рекламодателят е индивидуализирал конкретния получател при техническата подготовка на въпросното съобщение или не и дали от гледна точка на пространство за съхранение и функционалности това съобщение се обработва по различен начин в сравнение с имейлите или не.

72. Ето защо аз считам, че рекламно съобщение като разглежданото в главното производство, което има характеристики на акт на директен маркетинг и се разпространява с тази цел, представлява „увещаване“ на потребителите на услуги за електронна поща, доколкото това съобщение е изпратено пряко и лично до тях, на място, запазено за техните лични имейли.

73. Що се отнася до характеристиките, които трябва да има „увещаването“, за да бъде обхванато от точка 26 от приложение I към Директива 2005/29, а именно да бъде „упорито“ и „нежелано“, аз считам, че запитващата юрисдикция следва да провери дали те са налице в рамките на главното производство. За целите на тази проверка уточнявам, че показването на рекламно съобщение като разглежданото в главното производство би трябвало с оглед на определението по член 8 от Директива 2005/29 за агресивна търговска практика да бъде достатъчно често и редовно, за да може да се квалифицира като „упорито увещаване“, каквото ми се струва, че не е, тъй като става въпрос за съобщение, появило се само три пъти. Според мен обаче би могло да става въпрос за „нежелано“ увещаване, ако се установи, че потребителят на услугата за електронна поща не е дал съгласието си преди показването на рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на неговия имейл акаунт. Следва да се вземе предвид и фактът, че на 20 декември 2016 г. този потребител е изпратил на eprimo уведомително писмо по повод реклама от 12 декември 2016 г. и по този начин изрично е изразил пред това дружество волята си да не получава такива реклами.

[22] Вж. по-специално решение от 13 септември 2018 г., Wind Tre и Vodafone Italia (C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:710, т. 40 и цитираната съдебна практика).

[23] Вж. решение от 12 юни 2019 г., Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, т. 25).

74. С оглед на всички тези данни според мен на петия въпрос трябва да се отговори, че понятието „упорито и нежелано увещаване […] по електронна поща“ по смисъла на точка 26 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че може да обхване поведение като разглежданото в главното производство, изразяващо се в показване във входящата пощенска кутия на потребител на услуга за електронна поща на рекламни съобщения във форма, която наподобява формата на имейли, и на същото място като тях. Все пак запитващата юрисдикция следва да провери, от една страна, дали появата на тези рекламни съобщения е достатъчно честа и редовна, за да може да се квалифицира като „упорито“ увещаване, и от друга страна, дали показването на посочените съобщения може да се квалифицира като „нежелано“ увещаване, като вземе предвид наличието или липсата на съгласие, дадено от този потребител преди показването, както и възраженията на посочения потребител срещу такъв рекламен похват.

V. Заключение

75. С оглед на гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия) преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Член 13, параграф 1 от Директива 2002/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 година относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в сектора на електронните комуникации (Директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронни комуникации), изменена с Директива 2009/136/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 25 ноември 2009 г., трябва да се тълкува в смисъл, че показването във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща на рекламни съобщения във форма, която наподобява формата на имейли, на същото място, където се появяват имейлите, представлява „използване на […] електронна поща за целите на директен маркетинг“ по смисъла на тази разпоредба, като определянето на получателите на посочените съобщения на случаен принцип не оказва влияние в това отношение и не е необходимо да се установява, че бремето, наложено на този потребител, надхвърля затормозяването. Запитващата юрисдикция трябва да провери дали посоченият потребител е дал съгласие, което да е най-малко свободно изразено, конкретно и информирано, преди показването на такива рекламни съобщения във входящата пощенска кутия на неговия имейл акаунт.

2) Понятието „упорито и нежелано увещаване […] по електронна поща“ по смисъла на точка 26 от приложение I към Директива 2005/29/ЕО на Европейския Парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) трябва да се тълкува в смисъл, че може да обхване поведение като разглежданото в главното производство, изразяващо се в показване във входящата пощенска кутия на потребителя на услуга за електронна поща на рекламни съобщения във форма, която наподобява формата на имейли, и на същото място като тях. Все пак запитващата юрисдикция следва да провери, от една страна, дали появата на тези рекламни съобщения е достатъчно честа и редовна, за да може да се квалифицира като „упорито“ увещаване, и от друга страна, дали показването на

посочените съобщения може да се квалифицира като „нежелано“ увещаване, като вземе предвид наличието или липсата на съгласие, дадено от този потребител преди показването, както и възраженията на посочения потребител срещу такъв рекламен похват“.