

Дело C-102/20

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда**

Дата на постъпване в Съда:

26 февруари 2020 г.

Запитваща юрисдикция:

Bundesgerichtshof (Германия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

30 януари 2020 г.

Ищец в първоинстанционното и в ревизионното производство:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Ответник в първоинстанционното и в ревизионното производство:

erimo GmbH

Встъпила страна в подкрепа на ответника:

Interactive Media CCSP GmbH

Предмет на главното производство

Нелоялна конкуренция, преустановяване на антиконкурентна реклама

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Тълкуване на правото на Съюза, член 267 ДФЕС

Преюдициални въпроси

1. Изпълнени ли са характеристиките на понятието за изпращане по смисъла на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58/ЕО, 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 до пощенска кутия)?
2. Предполага ли получаването на комуникацията по смисъла на член 2, второ изречение, 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 визуализирането 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/ЕО 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/ЕО само когато се установи, че е налице бреме за потребителя, което излиза отвъд границите на тормоза?
 5. Налице ли е индивидуална реклама, изпълняваща условията за „увещаване“ по смисъла на точка 26, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29/ЕО 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 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?

Цитирани разпоредби на правото на Съюза

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) (ОВ L 201, 2002 г., стр. 37; Специално издание на български език, 2007., глава 13, том 36, стр. 63), съображения 1, 12, 26, 27 и 40, член 1, параграф 1, член 2, буква з), член 2, буква г), първо изречение, член 6, параграф 1, член 13, параграф 1

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“) (ОВ L 149, 2005 г., стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 14, стр. 260), приложение I, точка 26, първо изречение

Цитирани разпоредби на националното право

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Закон срещу нелоялната конкуренция, наричан по-нататък „UWG“), член 3, член 7, параграф 1 и параграф 2, точки 1, 2 и 3, член 8, параграфи 1 и 2

Кратко представяне на фактите и производството

- 1 Страните доставят електроенергия на крайни потребители. Встъпилата страна в подкрепа на ответника е рекламна агенция.
- 2 Ответникът възлага на встъпилата страна включването на реклами в електронните пощенски кутии на потребители на безплатната услуга за електронна поща T-Online. Рекламата е осъществена като на 15 януари 2017 г. в личната пощенска кутия на потребител на тази услуга за електронна поща на мястото, на което входящите имейли се показват под формата на списък (наричан по-нататък „входяща пощенска кутия“), във входящите имейли се появява реклама със следния текст: „ergimo спести повече: електроенергия и газ изгодно. Сега топ ergimo-цени с гарантиран атрактивен бонус! Научи повече на ergimo.de“. Съответни реклами вече са визуализирани във входящата пощенската кутия на потребителя на 12 декември 2016 г. и на 13 януари 2017 г.
- 3 Такъв вид реклама се появява на специални рекламни пространства във входящата пощенска кутия на безплатната услуга за електронна поща на Telekom Deutschland GmbH. Тя се нарича „T-Online.de Mail Ad“ и може да се ползва от рекламодателите на този доставчик. На съответното място във входящата пощенска кутия на уебсайта, посетен от потребителя на такава безплатна електронна пощенска кутия, е интегриран JavaScript код на рекламен сървър (TAG). По този начин при отваряне на уебсайта до рекламния сървър се изпраща заявка (Adrequest) за показване на рекламен банер от групата. След това рекламният сървър изпраща съответните параметри до интернет браузъра на потребителя, чрез което във входящата пощенска кутия на потребителя се появява избран на случаен принцип рекламен банер. Ако потребителят кликне на рекламата, заявката се предава най-напред на рекламния сървър, който записва кликването и препраща браузъра на страницата на рекламодателя. На визуализираната във

входящата пощенска кутия реклама стои думата „показване“ и с кликване върху символа „x“ отстрани рекламата може да бъде премахната от входящата пощенска кутия. За разлика от показаните във входящата пощенска кутия имейли на потребителя, рекламата е сива и няма нито дата, нито изпращач. Освен това по отношение на нея е невъзможно да се използват предвидените от доставчика на услугата за електронна поща възможности за обработка на имейли като архивиране, отговор или препращане. Освен това тя не е включена в посочения от услугата брой на непочетените имейли на потребителя и не заема пространство за съхранение във входящата поща на потребителя.

- 4 Ищецът оспорва тази реклама като антиконкурентна с оглед на недопустимата тежест и заблудата.
- 5 Landgericht (Областен съд, Германия) осъжда ответника да преустанови използването в търговската дейност за целите на конкуренцията на реклама като посочената по-горе през имейл акаунта „T-online.de“, свързана с продажбата на електроенергия на крайни потребители.
- 6 В производството по жалба на ответника въззивният съд отхвърля иска с мотива, че оспорваното позициониране на рекламата във входящата пощенска кутия на лични електронни пощи не представлява незаконна търговска практика от гледна точка на правото в областта на конкуренцията.
- 7 С допуснатата му от въззивния съд ревизионна жалба, чието отхвърляне се иска от ответника, ищецът в главното производство иска да бъде потвърдено решението на Landgericht.

Кратко представяне на мотивите на преюдициалното запитване

- 8 От значение за уважаването на ревизионната жалба е дали е налице предявеното от ищеца право да иска преустановяване на нарушение. В съответствие с член 8, параграф 1, първо изречение от UWG това право предполага ответникът или встъпилата страна, ангажирана съгласно член 8, параграф 2 от UWG със спорната реклама, да е извършил незаконна търговска практика по смисъла на член 3 или член 7 от UWG. Съгласно член 7, параграф 2, точка 3 от UWG поведението, в което е упрекнат ответника, може да бъде незаконно. Възможно е рекламата да е незаконна и съгласно член 7, параграф 2, точка 1 от UWG.
- 9 За основателността на иска е от значение как следва да се тълкува разпоредбата на член 7, параграф 2, точка 3 от UWG с оглед на разпоредбите на Директива 2002/58. В тази връзка се поставят въпроси относно тълкуването на член 2, второ изречение, буква з) и член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, които трябва да бъдат изяснени.

- 10 Съгласно член 7, параграф 1, първо изречение от UWG незаконна е търговска практика, която представлява недопустима тежест за пазарен участник. Съгласно член 7, параграф 2, точка 3 от UWG недопустима тежест, наред с останалото, се предполага винаги в случай на реклама чрез използването на електронна поща, без предварителното изрично съгласие на адресата. Разпоредбата на член 7, параграф 2, точка 3 от UWG е в съответствие с точка 26 от приложение I към Директива 2005/29 и транспонира в германското право член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. Следователно с оглед на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 горната разпоредба трябва да се тълкува в съответствие с правото на Съюза.
- 11 Съгласно член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, наред с останалото, използването на електронна поща за целите на директен маркетинг, може да бъде позволено само по отношение на абонати или ползватели, които са дали предварително своето съгласие. Съгласно член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58 „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. Съществуват съмнения дали с оглед на обстоятелствата по спора тези условия са изпълнени.
- 12 Най-напред следва да се постави въпросът дали рекламата, възложена от ответника или от ангажираната по смисъла на член 8, параграф 2 от UWG встъпила страна, която се визуализира на специални рекламни пространства във входящата пощенска кутия на потребителя на безплатна услуга за електронна поща, следва да се счита за електронна поща по смисъла на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58.
- 13 Спорната реклама е текст по смисъла на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58. Съгласно член 2, второ изречение, буква г) първо изречение „комуникация“ означава всяка информация, обменена или пренесена между определен брой страни с помощта на публично достъпни електронни комуникационни услуги. Тези условия са изпълнени. Рекламата на ответника съдържа писмена информация, с която се рекламира офертата на ответника. Тази информация е пренесена между определен брой страни. Пренасянето до потребителя на имейл акаунта се осъществява като потребителят отваря уебсайта на своя имейл акаунт посредством влизане като регистриран потребител и комуникацията се предава в реално време от оператора на рекламния сървър във входящата пощенска кутия на страницата на имейл акаунта и се показва там на потребителя на този имейл акаунт. Освен това рекламната информация е пренесена чрез публично достъпна електронна комуникационна услуга. Рекламата се задейства с отварянето на достъпен в интернет имейл акаунт на потребителя и се възпроизвежда във входящата пощенска кутия, предвидена на уебсайта за показване на входящи имейли. Поради това рекламата, също както и имейлите, се пренася в електронна форма в интернет, а оттам и на публично

достъпно комуникационно средство. Услуга за електронна поща, достъпна за потребителите чрез интернет, е електронна комуникационна услуга.

По първия преюдициален въпрос

- 14 С първия преюдициален въпрос трябва да се изясни дали спорната реклама до входяща пощенска кутия е „изпратена“ и по смисъла на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58.
- 15 Въззивният съд приема, че разгледано едновременно с останалите понятия за „поща“ и „комуникационна мрежа“, използвани в член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58, от понятието за „изпращане“ следва, че е налице „електронна поща“ само при изпращане на комуникация от един потребител на друг чрез доставчик на услуги (напр. доставчик на електронна поща), който извършва електронното пренасяне до електронния „адрес“ (например имейл адрес) на втория потребител. В спорния случай не е налице такова адресиране до конкретни потребители, доколкото рекламата се визуализира единствено през рекламен сървър на конкретно определено пространство на интернет страница чрез вградени в уебсайта, предварително определени „AdTags/AdSlots“.
- 16 Следва да се признае това становище, основано на характеристиките на традиционната електронна поща, съгласно което при приемането на Директива 2002/58 законодателят на Съюза би могъл да приеме имейла за класическа форма на електронна поща, наред с изрично посочените в съображение 40 кратки съобщения по мобилните телефони.
- 17 Ако при тълкуването на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58 се приемат основаните на характеристиките на традиционната електронна поща изисквания, които въззивният съд счита за правилни, в разглеждания случай няма да е налице „изпращане“ на комуникацията, доколкото оспорваната реклама до входяща пощенска кутия няма да представлява електронна поща. Рекламата до пощенска кутия няма да бъде изпратена от потребител на електронна комуникационна мрежа до избран от този потребител друг потребител чрез доставчик на услуги (напр. доставчик на електронна поща) на електронния „адрес“ (напр. адрес на електронната поща) на втория потребител, а в резултат от отварянето на имейл акаунта рекламният сървър ще я покаже на определени предвидени за тази цел пространства във входящата пощенска кутия на избран на случаен принцип потребител.
- 18 Аргумент против приетото от въззивния съд тълкуване на характеристиката „изпратен“, основано на характеристиките на традиционна електронна поща, би могла да бъде защитната цел на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58. С тази разпоредба, която се отнася до понятието за електронна поща, определено в член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58 и регламентира използването на електронната поща, на потребителите трябва

да бъде предоставена защита срещу намеса в неприкосновеността на личния им живот от нежелана комуникация с цел директен маркетинг (вж. съображение 40 от Директива 2002/58). Не може да се твърди, че с оглед на предвидимия бързо развиващ се технически прогрес законодателят е имал за цел да определи статично понятието за електронна поща съобразно известните към момента на влизане в сила на директивата „класически“ форми на електронната поща, кратките текстови съобщения или мултимедийните съобщения. По-логично е да е избрал динамично и неутрално към техническите аспекти понятие в интерес на защитата на неприкосновеността на личния живот на потребителите, което дава възможност да се вземат предвид например и едва наскоро станалите релевантни електронни съобщения в рамките на социалните мрежи. Доколкото неприкосновеността на личния живот на потребителите на електронни комуникационни услуги може да бъде засегнат не само от нежелана комуникация, изпратена чрез класическите форми на електронна индивидуална комуникация като електронна поща, кратки текстови съобщения или мултимедийни съобщения, но и чрез нови форми на електронна масова комуникация, изглежда уместно понятието за изпращане да се тълкува функционално в смисъл на разпространение, а не въз основа на традиционните форми на електронна комуникация в смисъл на изпращане от конкретен потребител на друг предварително определен потребител.

- 19 Ако се приеме това функционално, основано на защитната цел на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 тълкуване на понятието, разглежданата в спорния случай реклама до пощенска кутия би могла да е изпратена по смисъла на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58. Тази идея се подкрепя и от съображение 40 от Директива 2002/58. В него се посочва, че на потребителите на публични електронни комуникационни мрежи трябва да бъдат предоставени защити срещу намеса в неприкосновеността на личния им живот от нежелана комуникация с цел директен маркетинг, тъй като тези форми на нежелана търговска комуникация могат да бъдат сравнително лесно и евтино извършвани. Тези аспекти са приложими и относно разглежданата в настоящия случай реклама до входяща пощенска кутия.

По втория преюдициален въпрос

- 20 С втория преюдициален въпрос трябва да бъдат изяснени изискванията относно уреденото в член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58 условие комуникацията да може да се съхранява в мрежата или в терминалното оборудване на получателя, докато се вземе от получателя.
- 21 Въззивният съд приема, че по отношение на спорната реклама до пощенска кутия не е налице получаване в този смисъл. От съображение 27 от Директива 2002/58 следва, че получаването на комуникацията предполага съзнателно поведение на адресата. След като узнае за съобщението, с едно

действие — т.е. с намеса във външния свят по собствена воля — получателят на комуникацията трябва да получи онлайн достъп до данните. От значение е обстоятелството, че със заявката си за получаване получателят може да задейства програмирано предаване на данни. В разглеждания случай не е налице получаване на комуникацията в този смисъл. По-скоро потребителят на услугата за електронна поща трябва само да отвори с браузър услугата за електронна поща на уебсайта на Deutsche Telekom, за да се покаже с помощта на рекламен сървър рекламният банер в реално време, без потребителят да забелязва нещо от тази операция и без да може по собствена воля да приеме или откаже показването.

- 22 Това тълкуване е в съответствие с възможния буквален смисъл на понятието „получаване“ в член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58. Освен това тази идея би могла да е подкрепена от съображение 27 от Директива 2002/58. Съобразно това съображение за електронна поща предаването е приключено веднага щом адресатът получи съобщението, обикновено от сървъра на своя доставчик на услуга. Тази формулировка би могла да означава, че получаването на електронна поща предполага край на действието на потребителя, насочено към предаването на съобщението, обикновено от сървъра на доставчика на услуга.
- 23 Съгласно това стриктно тълкуване, основано на традиционната електронна поща, спорната реклама до входяща пощенска кутия не изпълнява условията за електронна поща по смисъла на член 2, второ изречение, буква з) от Директива 2002/58. С отварянето на имейл акаунта си на уебсайта на доставчика на услуги потребителят изразява волята си, имейлите му, съхранени на сървъра на електронната поща на услугата, да бъдат показани и предадени. Въз основа на опита обаче волята му по принцип не цели да предизвика в допълнение показване от рекламен сървър на търговска комуникация във входящата пощенска кутия на имейл акаунта си.
- 24 Функционалното тълкуване, основано на защитната цел на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, обаче на свой ред не подкрепя становището на въззивния съд. Съгласно това тълкуване на потребителя трябва да бъдат предоставени защиты срещу нежелана търговска комуникация, която може да бъде сравнително лесно и евтино извършвана през електронна комуникационна мрежа и която представлява бреме за потребителя (съображение 40 от Директива 2002/58). С оглед на тази цел не изглежда убедително разграничението между имейл с рекламно съдържание — евентуално разпратен до голям брой получатели, който без съмнение попада в обхвата на понятието за електронна поща и спорната търговска комуникация. Двете съобщения се показват във входящата пощенска кутия, следователно на мястото на уебсайта, предвидено за показване на имейли, което потребителят отваря с цел да се запознае с имейлите си. Освен това за неблагоприятните последици, които следва да бъдат възпрепятствани от член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, не е от значение дали търговската комуникация е показана във входящата пощенска кутия на имейл акаунта от

сървър за електронна поща на доставчика на услугата или от рекламен сървър на доставчика на услугата, или от предприятие, което си сътрудничи с последния. Напротив, от значение би трябвало да бъде не толкова тълкуването от техническа, а основаното на защитната цел тълкуване от функционална гледна точка, което отчита неблагоприятния ефект на дадена форма на реклама върху потребителя. Това би могло да следва от обстоятелството, че оспорваната реклама е предадена и показана във входящата пощенска кутия на имейл акаунта, следователно на място, на което клиентът очаква само насочените лично към него електронни съобщения.

- 25 Такова основано на защитната цел тълкуване е в съответствие и с текста на член 2, второ изречение, буква з) от Директивата. Налице е получаване в смисъл на действие на потребителя, което цели окончателно запознаване с постъпилите във входящата пощенска кутия на имейл акаунта съобщения. Според констатациите на въззивния съд предаването на рекламата от рекламния сървър във входящата пощенска кутия се задейства като потребителят посети интернет страницата на имейл акаунта си и се впише в него с личните си данни. Обстоятелството, че с отварянето на имейл акаунта в интернет е налице окончателно действие по получаване не се променя от факта, че потребителят по принцип цели да се информира само за лични или служебни имейли, а не за търговски съобщения като спам съобщения или реклами, които не представляват интерес за него и го обременяват.
- 26 До показването на рекламата, задействано чрез влизането като регистриран потребител, спорната реклама до входяща пощенска кутия се съхранява на рекламен сървър, следователно в мрежата.
- 27 От съображение 27 от Директива 2002/58, съгласно което за електронна поща предаването е приключено веднага щом адресатът получи съобщението, обикновено от сървъра на своя доставчик на услуга, не би могло да следва друго. От него не може да се направи извод, че електронна поща обхваща само комуникации, съхранени на сървъра на самия доставчик на услуги, тъй като от употребата на термина „обикновено“ следва, че по този начин законодателят не поставя изчерпателно концептуално условие, а само описва фактически принципен случай. Освен това следва да се вземе предвид и контекстът на съображение 27 от Директива 2002/58. Тази разпоредба се отнася до момента, в който данните за трафика трябва да бъдат изтрети. В това отношение от значение е моментът на приключването на предаването на комуникация (вж. член 6, параграф 1 и съображение 26 от Директива 2002/58). В това отношение в съображение 27 от Директива 2002/58 се посочва моментът на приключването на предаването на електронната поща чрез получаването на съобщението от адресата. От това изглежда не може да се направи извод за релевантните критерии за тълкуване на уредената в член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 защита на правото на неприкосновеност на личния живот на потребителя срещу нежелан директен маркетинг през електронна поща.

По третия преюдициален въпрос

- 28 С третия въпрос трябва да бъде изяснено, дали е налице електронна поща по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58/ЕО и ако комуникацията не е изпратена на конкретно определен преди предаването отделен получател, а, както в настоящия спор, се показва на случаен принцип.
- 29 Въззивният съд приема, че електронна поща по смисъла на член 7, параграф 2, точка 3 от UWG предполага изпращането да се извършва „индивидуално“, т.е. адресирано до конкретен получател, който е определен преди изпращането и с който е възможна предварителна комуникация относно съгласието му с изпращането. Това следвало от обстоятелството, че законосъобразността на уредените в член 7, параграф 2, точка 2 от UWG форми на реклама предполага наличие на предварителното изрично съгласие на адресата. Изискването за такова предварително изрично съгласие предполагало несъмнено наличието на конкретен адресат, който да можел да изрази пред рекламодателя дали одобрява рекламата. Спорната реклама обаче се показвала на случаен принцип на клиенти на безплатната услуга за електронна поща, без да е възможна предварителна комуникация относно съгласието на клиента.
- 30 Запитващата юрисдикция има съмнения дали може да приеме тази теза. Съгласно член 13, параграф 1 от Директива 2002/58 използването на електронната поща за целите на директен маркетинг, може да бъде позволено само по отношение на абонати или потребители, които са дали предварително своето съгласие. От това изискване обаче по аргумент за обратното не може да се направи извод, че всички форми на директен маркетинг посредством комуникационни мрежи, при които поради техническите процедури на рекламодателите е невъзможно да се получи съгласието на потребителите преди използването на конкретна реклама, са законосъобразни, без да е налице съгласие.

По четвъртия преюдициален въпрос

- 31 С четвъртия преюдициален въпрос трябва да бъде изяснено дали е налице използване на електронна поща за целите на директен маркетинг по смисъла на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58/ЕО само когато е установено бреме за потребителя, което, както установява въззивният съд в спорния случай, излиза отвъд границите на тормоза.
- 32 Въззивният съд приема, че смисълът и целта на член 7, параграф 2, точка 3 от UWG, които следва да се определят с оглед на съображение 40 от Директива 2002/58, не подкрепят идеята, че тази разпоредба може да се приложи по отношение на оспорваната реклама. Действително показването на рекламата във входящата поща, класирано в новите входящи имейли, щяло наложи бреме на потребителя. Освен това, доколкото за лицето, което

преглежда без да се задълбочава, рекламата има ефект на имейл и поради това привлича вниманието му по-силно отколкото реклама извън входящата пощенска кутия, степента на обременяване е по-висока отколкото тази на рекламата, възпроизведена извън пощенската кутия. Не е налице обаче бремене или разход по смисъла на съображение 40 от Директива 2002/58, излизащо извън границите на този тормоз. По-конкретно, рекламата до входяща пощенска кутия не е включена в броя на непочетените имейли на клиентите и не използва пространство за съхранение във входящата пощенска кутия. Освен това поради визуалните различия между имейлите и рекламата не е налице полагане на усилие за отделянето на важните електронни съобщения от спам съобщенията.

- 33 Не е възможно да се даде еднозначен отговор дали може да се възприеме това тълкуване. Възприетото от въззивния съд тълкуване би могло да бъде потвърдено от текста на съображение 40 от Директива 2002/58. В него не става въпрос за тормоз на потребителя. По-скоро потребителите на публични електронни комуникационни мрежи следва да бъдат защитени срещу намеса в неприкосновеността на личния им живот от нежелана комуникация с цел директен маркетинг, тъй като тези форми на нежелана търговска комуникация могат от една страна да бъдат сравнително лесно и евтино извършвани, но от друга страна могат да налагат бремене 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. Доколкото в спорния случай не става въпрос нито за разход на потребителя, нито за затруднения за мрежите за електронна комуникация или терминално оборудване, от значение е да се установи дали рекламата до входяща пощенска кутия обременява личния живот на потребителите. При всички положения съображение 40 от Директива 2002/58 не посочва изрично, че в това отношение може да е достатъчно да е налице тормоз.
- 34 От друга страна, с оглед на релевантната защита на правото на неприкосновеност на личния живот от нежелан директен маркетинг буквалният смисъл на понятието „бремене“ обхваща и затормозяващо ограничаване на личния живот, което се изразява в конфронтирането на потребителя с реклама не (само) на обикновено използваните за тази цел и поради това лесни за игнориране места на уебсайта, но (и) във входящата пощенска кутия на имейл акаунта, следователно на място на уебсайта на доставчика на услугата, на което се показват имейлите, които са адресирани лично до потребителя и което поради това той целенасочено посещава, т.е. възприема с особено внимание. Следва да се допълни, че въз основа на опита рекламни съобщения, които се показват във входящата пощенска кутия, предвидена за съобщения, адресирани лично до потребителя, по-силно предизвикват в него усещането, че е осъществен индивидуален контакт с него, отколкото рекламни банери, които се намират отстрани на уебсайта и очевидно са адресирани до широката публика. В зависимост от

формулировката и предмета на рекламата, това може да има дори засилен затормозяващ ефект.

- 35 В това отношение следва да се вземе предвид и обстоятелството, че личната електронна поща, защитена с парола, спада към тази област на личния живот, защитена от общите права, свързани с личността. В тази област заинтересованото лице трябва да бъде защитено не само от усилията, които по този начин се изискват да бъдат положени от него, за да види адресираните до себе си съобщения и да отдели рекламата от останалите комуникации. Освен това като израз на личното му право на самоопределяне волята на заинтересованото лице заслужава защита, за да запази личния си живот свободен от всякаква принуда да се занимава с реклама и нейния сугестивен ефект. В съответствие с член 1, параграф 1 и съображения 1, 12 и 40 от Директива 2002/58 защитата на правото на неприкосновеност на личния живот на потребителя в областта на електронната комуникация е осигурено и от член 13, параграф 1 от тази директива. Освен това следва да се има предвид, че при преценката на затормозяващия ефект от рекламна кампания, която нарушава неприкосновеността на личния живот, съществува с оглед на житейския опит опасност от натрупване на неприятните усещания поради разпространението на формата на реклама.
- 36 Доколкото за тълкуването, основано на защитната цел на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58, от значение е защитата на правото на неприкосновеност на личния живот, а не защитата на потребителя срещу заблуда, за анализа на тази разпоредба е без значение обстоятелството, че външният вид на рекламата във входящата пощенска кутия на потребителя се различава от имейлите и освен това разликата е пояснена на потребителя чрез свързаната с рекламата забележка „показване“. Освен това въз основа на опита структурата на съобщението и показването на рекламното съобщение, както и повърхностното прочитане предизвикват загуба на време за потребителя дори ако той е в състояние от самото начало да забележи и изтрие рекламата, която се показва във входящата пощенска кутия на електронната му поща. По същите причини изтъкнатите от въззивния съд обстоятелства, че рекламата не е включена в броя на непочетените имейли на потребителите и не използва пространство за съхранение във входящата пощенска кутия допускат да се приеме, че налице нарушение на член 13, параграф 1 от Директива 2002/58.
- 37 С оглед на гореизложеното, противно на възприетото от въззивния съд, за целите на нарушаването на неприкосновеността на личния живот на потребителя на персонална услуга за електронна поща би могло определено да се направи разграничение дали той се сблъсква с рекламата не само на местата, които обичайно се използват за реклами, но и на място на уебсайта на доставчика на електронна поща, на което могат да бъдат намерени адресираните лично до него имейли и което ще бъде подложено на особено внимание от негова страна. В подкрепа на тази теза са и констатациите на въззивния съд. Той твърди, че показването на рекламата във входящата поща

на потребителя на услугата за електронна поща, класирано в новите входящи имейли, щяло наложи бремене на потребителя. Доколкото за лицето, което преглеждало без да се задълбочава, рекламата имала ефект на имейл и поради това можела да привлече вниманието му по-силно отколкото реклама извън входящата пощенска кутия, степента на обременяване била по-висока отколкото тази на рекламата, възпроизведена извън пощенската кутия. Тези констатации са в съответствие с житейския опит.

По петия преюдициален въпрос

- 38 В спорния случай е възможно да е налице незаконосъобразност на спорната реклама съгласно член 7, параграф 2, точка 1 от UWG. При прилагането на тези разпоредби се поставя въпрос относно тълкуването на точка 26, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29, който трябва да бъде изяснен.
- 39 Съгласно член 7, параграф 2, точка 2 от UWG недопустима тежест по смисъла на член 7, параграф 1, първо изречение се предполага винаги в случай на реклама чрез средство за търговска комуникация от разстояние, извън изброените в точки 2 и 3 от тази разпоредба, посредством което потребителят е упорито увещаван, въпреки че очевидно той не го желае. Тази разпоредба транспонира точка 26, първо изречение 1 от приложение I към Директива 2005/29 и с оглед на тази разпоредба трябва да се тълкува в съответствие с правото на Съюза. Съгласно точка 26, изречение първо от приложение I към Директива 2005/29 агресивна търговска практика, която се счита за нелоялна при всички положения е извършването на упорито и нежелано увещаване по телефон, факс, електронна поща или други дистанционни медии, освен при обстоятелства, които не са релевантни в спорния случай, и в степен, предвидени от националното законодателство, с оглед изпълнение на договорно задължение. В спорния случай се поставя въпрос относно тълкуването на тази разпоредба на правото на Съюза, на който не може да се даде еднозначен отговор.
- 40 С петия преюдициален въпрос трябва да се изяснят изискванията, които трябва да се поставят по отношение на „увещаването“ по смисъла на точка 26, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29.
- 41 Критерият за увещаване предполага умишлено адресирана до конкретен потребител реклама. В това отношение се поставя въпросът дали е налице индивидуална реклама по смисъла на точка 26, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29/ЕО, изпълняваща условията за „увещаване“ само когато се установи контакт с клиент посредством средство за комуникация, което традиционно служи за индивидуална комуникация между изпращач и получател, като телефон, факс или електронна поща, или е достатъчно, както в спорния случай, да се установи връзка с конкретния потребител чрез показване на рекламата във входящата пощенска кутия на

лична електронна поща, следователно на място, на което клиентът очаква индивидуално адресирани до него съобщения.

- 42 Формулировка на точка 26, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29 допуска и двете тълкувания. Доколкото — както вече беше посочено — рекламата до входяща пощенска кутия нарушава неприкосновеността на личния живот на потребителя и освен това е подложен в по-голяма степен на тормоз отколкото чрез традиционния рекламен банер на по принцип предвидените за тази цел места на уебсайта, на които не се осъществява индивидуален контакт, защитната цел на тази разпоредба също би могла да бъде засегната.