

Cauza C-102/20**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

26 februarie 2020

Instanța de trimitere:

Bundesgerichtshof (Germania)

Data deciziei de trimitere:

30 ianuarie 2020

Reclamantă și recurentă:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Pârâtă și intimată:

eprimo GmbH

Intervenienta accesorie a pârâtei:

Interactive Media CCSP GmbH

Obiectul procedurii principale

Concurența neloială, încetarea publicității contrare concurenței loiale

Obiectul și temeiul procedurii preliminare

Interpretarea dreptului Uniunii, articolul 267 TFUE

Întrebările preliminare

1. Noțiunea de trimitere în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58/CE este îndeplinită atunci când o comunicare nu este transmisă de un utilizator al unui serviciu de comunicații electronice către un alt utilizator, prin intermediul unei întreprinderi de prestări servicii, la

- „adresa” electronică a celui de al doilea utilizator, ci, ca urmare a deschiderii paginii de internet a unui cont de e-mail protejat cu parolă, respectiva comunicare este generată în mod automat de servere de publicitate (Ad Server) și afișată în cutia poștală electronică a unui utilizator ales în mod aleatoriu (publicitate în cutia poștală electronică) ?
2. Deschiderea unei comunicări în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58/CE presupune ca destinatarul, după ce a luat cunoștință de existența unei comunicări, să activeze prin decizie voluntară transmiterea programată a datelor comunicării sau este suficient ca apariția unei comunicări în cutia poștală electronică a unui cont de e-mail să fie activată prin deschiderea de către utilizator a paginii de internet a contului său de e-mail protejat cu parolă ?
 3. Există poștă electronică în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58/CE și în cazul în care comunicarea nu este trimisă unui destinatar individual identificat în mod concret înainte de transmitere, ci este difuzată în cutia poștală a contului de e-mail al unui utilizator ales în mod aleatoriu?
 4. Un mesaj electronic este utilizat în scopuri de marketing direct în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58/CE numai atunci când se constată o povară pentru utilizator care depășește hărțuirea?
 5. Publicitatea individuală care îndeplinește condițiile „efectuării de solicitări” în sensul punctului 26 prima frază din anexa I la Directiva 2005/29/CE există numai în cazul în care un client este contactat prin intermediul unui mijloc tradițional de comunicare între un expeditor și un destinatar sau este suficient ca legătura individuală să fie realizată – precum în cazul publicității în discuție în speță – prin afișarea publicității în cutia poștală a unui cont de e-mail privat și, prin urmare, într-un loc în care clientul așteaptă numai comunicări care îi sunt adresate în mod individual?

Dispozițiile de drept al Uniunii invocate

Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice) (JO 2002, L 201, p. 37, Ediție specială, 13/vol. 36, p. 63, denumită în continuare „Directiva 2002/58”) – considerentele (1), (12), (26), (27) și (40), articolul 1 alineatul (1), articolul 2 litera (h), articolul 2 litera (d) prima teză, articolul 6 alineatul (1), articolul 13 alineatul (1)

Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și

al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”) (JO 2005, L 149, p. 22, Ediție specială, 15/vol. 14, p. 260, denumită în continuare „Directiva 2005/29”) – anexa I punctul 26 prima frază

Dispozițiile naționale invocate

Legea privind combaterea concurenței neloiale (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, denumită în continuare „UWG”), articolul 3, articolul 7 alineatul (1), precum și alineatul (2) punctele 1, 2 și 3, articolul 8 alineatele (1) și (2).

Prezentare succintă a situației de fapt și a procedurii principale

- 1 Părțile furnizează energie electrică consumatorilor finali. Intervenienta pârâtei este o agenție de publicitate.
- 2 Pârâta a însărcinat intervenienta să difuzeze publicitate în căsuțele poștale ale conturilor de poștă electronică (denumită în continuare de asemenea „e-mail”) ale utilizatorilor serviciului gratuit de poștă electronică T-Online. Publicitatea a fost pusă în aplicare astfel încât, la 15 ianuarie 2017, în cutia poștală privată a unui utilizator al acestui serviciu de e-mail, în domeniul în care e-mail-urile primite sunt afișate sub formă de listă (denumit în continuare „inbox”), a apărut, printre e-mail-urile primite, mesajul publicitar având următorul text: „eprimo Mehr sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de” [eprimo Economisiți mai mult: Electricitate și gaz la un preț avantajos. Asigurați-vă acum prețuri de top prin eprimo și beneficiați de un bonus atractiv! Aflați mai multe pe eprimo.de”.] Anunțuri publicitare corespunzătoare au apărut deja în inboxul utilizatorului la 12 decembrie 2016 și la 13 ianuarie 2017.
- 3 Astfel de mesaje publicitare sunt difuzate, prin intermediul unor interfețe de publicitate specifice, în cutia poștală a serviciului gratuit de poștă electronică al Telekom Deutschland GmbH. Aceasta este denumită „T-Online.de Mail Ad” și putea fi rezervată de clienții de publicitate ai acestui furnizor. Pe pagina de internet accesată de utilizatorul unei astfel de cutii poștale gratuite a contului de e-mail era încorporat, la locul corespunzător din Inbox, un cod JavaScript al unui server de publicitate (TAG). Astfel, la deschiderea paginii de internet, a fost trimisă o cerere (adrequest) serverului de publicitate (adserver) privind difuzarea unui afiș publicitar din pool. În continuare, serverul de publicitate a trimis parametrii corespunzători browser-ului de internet al utilizatorului, astfel fiind difuzat în inboxul utilizatorului un afiș publicitar selecționat în mod aleatoriu. Atunci când utilizatorul făcea click pe publicitatea difuzată, manevra a fost transmisă mai întâi serverului de publicitate, care a înregistrat clickul și a redirecționat browser-ul către pagina de internet a operatorului de publicitate. Publicitatea care apărea în inbox era marcată cu cuvântul „Anzeige” [Anunț] și putea fi îndepărtată de la inbox, făcând click pe simbolul în formă de cruce „x” aflat lângă aceasta. Publicitatea apărea pe fond gri – spre deosebire de e-mailurile

afișate în inboxul utilizatorului – și nu conținea nici data trimiterii, nici expeditorul. În plus, aceasta nu putea fi arhivată, utilizată pentru formularea unui răspuns sau redirecționată cu ajutorul opțiunilor de editare prevăzute de furnizorul serviciului de poștă electronică. De asemenea, aceasta nu era inclusă în numărul de e-mailuri necitite ale utilizatorului, indicat de serviciul [de poștă electronică] și nu indica spațiul de stocare ocupat în căsuța poștală cu mesaje primite a utilizatorului.

- 4 Reclamanta critică această publicitate ca fiind contrară concurenței loiale, având în vedere hărțuirea și inducerea în eroare cauzate în mod nejustificat.
- 5 Landgericht (Tribunalul Regional) a obligat pârâta să înceteze ca, în cadrul activității sale comerciale, să facă publicitate în modul descris anterior, în scopuri concurențiale legate de distribuția de energie electrică către consumatorii finali, prin intermediul contului de e-mail „T-online.de”.
- 6 Sesizată cu apelul pârâtei, instanța de apel a respins acțiunea pentru motivul că plasarea de publicitate contestată în inboxul căsuțelor poștale electronice private nu constituia un act comercial inadmisibil în temeiul dreptului concurenței.
- 7 Prin admiterea recursului său de către instanța de apel, a cărui respingere o solicită pârâta, reclamanta urmărește confirmarea hotărârii pronunțate în primă instanță.

Prezentare succintă a motivării trimiterii preliminare

- 8 Pentru soluționarea recursului, este important să se stabilească dacă există un drept al reclamantei de a solicita încetarea comportamentului contestat. Acesta presupune, potrivit articolului 8 alineatul (1) prima teză din UWG, ca pârâta sau intervenienta însărcinată de ea, în sensul articolului 2 alineatul (1) din UWG, cu publicitatea în litigiu, să fi săvârșit un act comercial neautorizat în sensul articolelor 3 sau 7 din UWG. Comportamentul reproșat pârâtei poate fi neautorizat în sensul articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG. Este de asemenea posibil ca publicitatea să fie neautorizată în sensul articolului 7 alineatul (2) punctul 1 din UWG.
- 9 În ceea ce privește temeinicia concluziilor formulate în cererea introductivă, este relevant modul în care trebuie interpretată dispoziția cuprinsă la articolul 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG în lumina dispozițiilor Directivei 2002/58. În această privință, se ridică probleme care necesită a fi clarificate cu privire la interpretarea articolului 2 a doua teză litera (h) și a articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58.
- 10 Conform articolului 7 alineatul (1) prima teză din UWG, este neautorizat un act comercial, care afectează în mod nejustificat, prin hărțuire, un operator de pe piață. Conform articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG, trebuie să se prezume că există o hărțuire nejustificată, printre altele, ori de câte ori se face publicitate prin intermediul poștei electronice, fără un acord prealabil explicit al

destinatarii. Dispoziția prevăzută la articolul 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG este în conformitate cu punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29 și transpune în dreptul german articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Prin urmare, aceasta trebuie interpretată în lumina articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, în conformitate cu dreptul Uniunii.

- 11 Potrivit articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, utilizarea poștei electronice în scopuri de marketing direct este permisă doar în legătură cu acei abonați sau utilizatori care și-au dat în prealabil acordul. Conform articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58, „poșta electronică” înseamnă orice mesaj text, vocal, sau conținând sunete sau imagini trimis prin intermediul unei rețele de comunicații publice care poate fi stocat în rețea sau în echipamentul terminal al destinatarului până la deschiderea sa de către acesta. Este îndoielnic că, în împrejurările din litigiul principal, aceste condiții sunt îndeplinite.
- 12 Este necesar să se ridice, mai întâi, problema dacă publicitatea efectuată de pârâtă sau de intervenientă însărcinată de aceasta în sensul articolului 8 alineatul (2) din UWG, care apare pe interfețele de publicitate specifice din inbox-ul căsuțelor poștale ale utilizatorilor unui serviciu gratuit de poșta electronică, trebuie considerată poșta electronică în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58.
- 13 Publicitatea în discuție în prezentul litigiu este un mesaj [o comunicare] text în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58. Conform articolului 2 a doua teză litera (d) prima frază din Directiva 2002/58, „comunicație [comunicare]” înseamnă orice informație trimisă sau transmisă între un număr finit de părți prin intermediul unui serviciu public de comunicații electronice. Aceste condiții sunt îndeplinite. Publicitatea făcută de pârâtă conține o informație sub formă de text, prin care este promovată publicitar oferta pârâtei. Această informație a fost transmisă între un număr finit de părți. Transmiterea către utilizatorul contului de e-mail a fost efectuată prin faptul că, în urma deschiderii efectuate de utilizator prin conectare la pagina de internet a contului său de e-mail, comunicarea a fost transmisă de operatorul serverului de publicitate în timp real, în inbox-ul paginii de internet a contului de e-mail, fiind afișată utilizatorului acestui cont de e-mail. În plus, informația publicitară a fost difuzată prin intermediul unui serviciu de comunicații electronice accesibil publicului. Publicitatea a fost declanșată de deschiderea contului de e-mail, accesibil prin internet, al utilizatorului și a fost reprodusă în inbox-ul prevăzut pe pagina de internet de afișare a e-mail-urilor primite. Astfel, publicitatea – ca și e-mailurile – a fost difuzată în format electronic pe internet și, așadar, unui mijloc de comunicare accesibil publicului. Un serviciu de poșta electronică accesibil utilizatorilor prin internet este un serviciu de comunicații electronice.

Cu privire la prima întrebare preliminară

- 14 Prin intermediul primei întrebări preliminare, se urmărește să se stabilească dacă publicitatea în inbox, în discuție în prezentul litigiu, a fost de asemenea „trimisă” în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58.
- 15 Instanța de apel a considerat că din noțiunea de „trimitere” rezultă, la o privire de ansamblu în coroborare cu celelalte noțiuni „poștă” și „rețea de comunicații” utilizate la articolul 2 teza a doua litera (h) din Directiva 2002/58, că se consideră „poștă electronică” doar trimiterea unei comunicări de la un utilizator către un alt utilizator, de către o întreprindere prestatoare de servicii (precum un furnizor de servicii de poștă electronică), care efectuează transportul electronic către „adresa” electronică a celui de al doilea utilizator. O astfel de adresare către anumiți clienți ar lipsi în prezentul litigiu, întrucât prezentarea publicității nu s-ar face decât prin intermediul unui server de publicitate (adserver), pe o interfață specifică a unei pagini de internet, prin intermediul unor „AdTags/AdSlots” integrate în pagina web, predefinite.
- 16 În favoarea acestei perspective inspirate din caracteristicile unui e-mail tradițional, trebuie admis că, la adoptarea Directivei 2002/58, legiuitorul Uniunii a considerat probabil e-mailul drept o formă clasică a poștei electronice, alături de SMS, menționat în mod expres în cuprinsul considerentului (40) al Directivei 2002/58.
- 17 Presupunând că interpretarea articolului 2 teza a doua litera (h) din Directiva 2002/58 este întemeiată pe aceste cerințe inspirate din caracteristicile unui e-mail tradițional, reținute de instanța de apel ca fiind corecte, în speță nu există o „trimitere” a comunicării, astfel încât publicitatea în inbox contestată nu constituie poștă electronică. Publicitatea în inbox nu este transmisă de un utilizator al unui serviciu de comunicații electronice unui alt utilizator ales de acest utilizator prin intermediul unei întreprinderi de prestare de servicii (precum un furnizor de servicii de poștă electronică) la „adresa” electronică (cum este, de exemplu, o adresă de e-mail) a celui de al doilea utilizator, ci este afișată în inboxul unui utilizator ales în mod aleatoriu, în urma deschiderii contului de e-mail, de servere de publicitate pe anumite interfețe generate în acest scop.
- 18 Obiectivul de protecție al articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 ar putea pleda împotriva interpretării atributului „trimis” pornind de la ipoteza caracteristicilor unui e-mail tradițional, reținute de instanța de apel. Această dispoziție, care preia noțiunea de poștă electronică definită la articolul 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58 și reglementează utilizarea acesteia, urmărește să protejeze utilizatorii împotriva încălcării vieții lor private ca urmare a comunicărilor nesolicitate în scopuri de marketing direct [a se vedea considerentul (4) al Directivei 2002/58]. Nu rezultă că, ținând seama de evoluția tehnică previzibilă și rapidă a noțiunii de poștă electronică, legiuitorul Uniunii ar fi intenționat să definească în mod static formele „clasice” de e-mail, SMS sau MMS, cunoscute la momentul intrării în vigoare a directivei. Mai probabil este că acesta a ales, în interesul protejării vieții private a utilizatorilor, o noțiune

dinamică și neutră din punct de vedere tehnic, care permite, de exemplu, includerea, de asemenea, a comunicațiilor electronice devenite relevante în perioada recentă, în cadrul rețelelor de socializare. Întrucât viața privată a utilizatorilor de mijloace de comunicare electronică poate fi afectată nu numai de comunicările nesolicitate transmise prin intermediul formelor clasice de comunicare electronică individuală, cum sunt e-mailul, SMS-ul sau MMS-ul, ci și prin noile forme de comunicare electronică în masă, pare adecvat să se interpreteze noțiunea de trimitere nu pe baza formelor tradiționale de comunicare electronică, în sensul expedierii de către un anumit utilizator către un alt utilizator determinat în prealabil, ci în mod funcțional, în sensul difuzării.

- 19 Dacă ne întemeiem pe această interpretare funcțională a noțiunii, inspirată din obiectivul de protecție urmărit de articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, publicitatea în inbox în discuție în prezentul litigiu pare să fi fost trimisă în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58. Considerentul (40) al Directivei 2002/58 pledează de asemenea în acest sens. Astfel, utilizatorii rețelelor publice de comunicații electronice trebuie protejați împotriva încălcării vieții lor private prin comunicări nesolicitate în scopuri de publicitate directă, întrucât aceste forme de comunicări publicitare nesolicitate sunt relativ ușor de trimis și economice. Aceste considerente sunt relevante în ceea ce privește publicitatea în inbox în discuție în speță.

Cu privire la a doua întrebare preliminară

- 20 Prin intermediul celei de a doua întrebări preliminare, se urmărește să se stabilească cerințele care trebuie impuse în privința condiției prevăzute la articolul 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58, potrivit căreia mesajul poate fi stocat în rețea sau în echipamentul terminal al destinatarului până la deschiderea sa de către acesta.
- 21 Instanța de apel a considerat că, în ceea ce privește publicitatea în inbox în discuție în prezentul litigiu, nu exista o deschidere în acest sens. Din considerentul (27) al Directivei 2002/58, ar reieși că deschiderea comunicării presupune un comportament conștient al destinatarului. Destinatarul comunicării, după ce a luat cunoștință de notificare, ar trebui să acceseze datele gestionate online printr-o acțiune – așadar, printr-o intervenție în lumea exterioară ca urmare a unei decizii voluntare. Aspectul determinant ar fi că, prin solicitarea deschiderii, persoana care deschide ar putea declanșa procesul de transmitere a datelor prin intermediul unui program. În speță, nu ar fi existat o deschidere a comunicării în acest sens. Dimpotrivă, utilizatorul serviciului de poștă electronică ar trebui să deschidă serviciul de e-mail cu un browser de internet doar pe pagina de internet a Deutsche Telekom, pentru ca afișul publicitar să fie afișat în timp real prin intermediul unui server de publicitate, fără ca utilizatorul să observe ceva din acest proces și să se poată pronunța, printr-o decizie voluntară, pentru sau contra vizualizării.

- 22 Această interpretare este în conformitate cu sensul posibil al noțiunii de „deschidere” prevăzută la articolul 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58. În plus, în favoarea acestei interpretări ar putea pleda considerentul (27) al Directivei 2002/58. Potrivit acestuia, transmiterea unei comunicări prin mijloace electronice se încheie atunci când destinatarul a deschis mesajul, de obicei de pe serverul prestatorului său de servicii. Această formulare ar putea indica faptul că deschiderea unui e-mail presupune o activitate a utilizatorului care vizează transmiterea finală a unei comunicări, în mod obișnuit de serverul furnizorului de servicii.
- 23 Potrivit acestei interpretări restrictive, inspirată de cazul general al e-mailului, publicitatea în inbox în discuție în speță nu îndeplinește condițiile unui mesaj electronic în sensul articolului 2 a doua teză litera (h) din Directiva 2002/58. Prin deschiderea contului său de e-mail de pe pagina internet a furnizorului de servicii, utilizatorul își manifestă voința de a-i fi afișate și transmise e-mailurile stocate pe serverul de e-mail al serviciului. Însă, potrivit experienței de viață, voința sa nu vizează de regulă difuzarea suplimentară, în inboxul contului său de e-mail, a unor mesaje publicitare de la un server de publicitate .
- 24 În schimb, împotriva tezei susținute de instanța de apel, pledează o interpretare funcțională, inspirată de obiectivul de protecție urmărit de articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58. Potrivit acesteia, utilizatorul trebuie să fie protejat împotriva mesajelor publicitare nesolicitate, care pot fi trimise de agentul publicitar reclama relativ ușor și ieftin, prin intermediul unei rețele de comunicații electronice, și care pot constitui o povară pentru utilizator [considerentul (40) al Directivei 2002/58]. În raport cu acest obiectiv, nu pare deloc convingător să se facă distincție între un e-mail care intră fără îndoială în sfera noțiunii de poștă electronică – eventual expedit în masă – cu conținut publicitar și mesajul publicitar în discuție în prezentul litigiu. Ambele comunicări apar în inbox și, prin urmare, în cadrul paginii de internet deschise de utilizator pentru a lua cunoștință de e-mailurile sale, în care sunt afișate e-mailuri, în conformitate cu destinația acesteia. În plus, în ceea ce privește efectul de împovărare pe care urmărește să-l împiedice articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, nu prezintă relevanță dacă mesajul publicitar este difuzat în inboxul contului de e-mail de un server de mail al furnizorului de servicii, de un server de publicitate al furnizorului de servicii sau de o întreprindere care colaborează cu acesta. Dimpotrivă, relevantă ar trebui să fie mai puțin o interpretare de ordin tehnic, cât una funcțională, inspirată de obiectivul de protecție, care ține seama de efectul de împovărare a utilizatorului al unei forme de publicitate. Acesta ar putea rezulta din faptul că publicitatea accesată este transmisă și afișată în inboxul contului de e-mail și, prin urmare, într-un domeniu în care utilizatorul nu așteaptă decât mesajele electronice care îi sunt adresate cu titlu individual.
- 25 O astfel de interpretare inspirată de obiectivul de protecție este de asemenea compatibilă cu modul de redactare a articolul 2 a doua teză litera (h) din directiva menționată. Există o deschidere în sensul unei acțiuni a utilizatorului care vizează, în final, luarea la cunoștință a comunicărilor primite în cutia poștală electronică

(inbox) a contului de e-mail. Potrivit constatărilor instanței de apel, transmiterea publicității de la serverul de publicitate în cutia poștală electronică (inbox) este declanșată de faptul că utilizatorul consultă pe internet pagina contului său de e-mail și se înregistrează pe acea pagină pe baza datelor sale de acces personale. Împrejurarea că, procedând astfel, utilizatorul înțelege de regulă să ia cunoștință numai de e-mailurile cu caracter privat și profesional, iar nu de mesaje publicitare pe care le consideră neinteresante sau care cauzează o hărțuire, cum ar fi e-mailurile nesolicitate (spam) sau reclamele, nu este de natură să repună în discuție existența unei acțiuni finale de acces ca urmare a deschiderii contului de e-mail pe internet.

- 26 Publicitatea în inbox în discuție în prezentul litigiu era stocată, până la difuzarea publicității declanșată de înregistrare, pe un server de publicitate și, prin urmare, în rețea.
- 27 Nu ar trebui să rezulte altceva din considerentul (27) al Directivei 2002/58, care prevede că, în ceea ce privește poșta electronică, transmisia se încheie când destinatarul a deschis mesajul, de obicei de pe serverul furnizorului său de servicii. Nu se poate concluziona, pornind de la acest considerent, că poșta electronică include doar mesaje stocate pe serverul furnizorului de servicii însuși tocmai pentru că utilizarea noțiunii „de obicei” arată că, procedând astfel, legiuitorul Uniunii nu a impus o condiție conceptuală exhaustivă, ci s-a limitat să descrie o situație de fapt obișnuită. Pe de altă parte, trebuie să se țină seama de contextul normativ al considerentului (27) al Directivei 2002/58. Această dispoziție privește chestiunea momentului în care trebuie șterse datele de transfer. În această privință, este relevant momentul la care a fost încheiată transmiterea unei comunicări [a se vedea în acest sens articolul 6 alineatul (1), precum și considerentul (26) al Directivei 2002/58]. În acest context, considerentul (27) al Directivei 2002/58 menționează ca moment al încheierii transmisiei poștei electronice deschiderea mesajului de către destinatar. Nu pot fi deduse de aici criterii de interpretare relevante în ceea ce privește protecția vieții private a utilizatorului împotriva publicității directe nesolicitate prin poșta electronică, reglementată la articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58.

Cu privire la a treia întrebare preliminară

- 28 Prin intermediul celei de a treia întrebări preliminare, se urmărește să se stabilească dacă se consideră de asemenea un mesaj electronic în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 o comunicare ce nu se efectuează către un destinatar individual determinat anterior transmiterii, ci difuzarea acesteia este efectuată – precum în speță – în mod aleatoriu.
- 29 Instanța de apel a considerat că un mesaj electronic în sensul articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG presupune ca expedierea să fie efectuată „în mod individual”, cu alte cuvinte, unui destinatar vizat în mod specific, care este stabilit înainte de expediere și cu care, pentru acest motiv, este posibilă o comunicare

prealabilă privind acordul în legătură cu expedierea. Acest lucru ar rezulta din faptul că admisibilitatea formelor de publicitate prevăzute la articolul 7 alineatul (2) punctul 2 din UWG presupune existența prealabilă a unui consimțământ explicit al destinatarului. Cerința unui astfel de consimțământ prealabil explicit presupune în mod necesar existența unui destinatar specific, care se poate pronunța față de agentul publicitar cu privire la acceptarea sau la neacceptarea publicității. Or, publicitatea în discuție în prezentul litigiu ar fi difuzată în mod aleatoriu către clienții serviciului gratuit de poștă electronică, fără a fi posibilă o comunicare prealabilă cu privire la acordul clientului.

- 30 Instanța de trimitere are îndoieli în ceea ce privește posibilitatea admiterii acestei teze. Conform articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, utilizarea poștei electronice în scopuri de marketing direct este permisă doar în legătură cu acei abonați care și-au dat în prealabil acordul. Cu toate acestea, din respectiva cerință nu se poate deduce *a contrario* că sunt autorizate toate formele de publicitate directă, fără consimțământ, prin intermediul rețelelor de comunicații pentru care, din cauza procedurilor tehnice utilizate de agentul publicitar, nu se poate obține consimțământul utilizatorilor anterior utilizării concrete a publicității.

Cu privire la a patra întrebare preliminară

- 31 Prin intermediul celei de a patra întrebări preliminare, se urmărește să se stabilească dacă un mesaj electronic este utilizat în scopuri de marketing direct, în sensul articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58, numai atunci când se constată o povară pentru utilizator care depășește – astfel cum a constatat, în speță, instanța de apel – hărțuirea.
- 32 Instanța de apel a apreciat că obiectul și finalitatea articolului 7 alineatul (2) punctul 3 din UWG, care trebuie stabilite în lumina considerentului (40) al Directivei 2002/58, se opune aplicării acestei dispoziții în ceea ce privește publicitatea contestată. Este adevărat că utilizatorul serviciului de poștă electronică este hărțuit prin afișarea publicității în inbox – împreună cu mesajele electronice nou primite. Întrucât, pentru observatorul superficial, publicitatea pare un mesaj electronic, fiind așadar, mai perceptibilă decât publicitatea din afara inboxului, gradul de hărțuire trebuie, de asemenea, considerat mai mare decât cel al publicității difuzate în afara spațiului destinat contului de e-mail. Dar aceasta nu ar constitui o povară care să depășească hărțuirea sau care să cauzeze costuri suplimentare în sensul considerentului (40) al Directivei 2002/58. În special, publicitatea în inbox nu ar fi inclusă în numărul de e-mailuri necitite ale clientului și nici nu ar utiliza spațiu de stocare în căsuța poștală cu mesaje primite. Pe de altă parte, date fiind diferențele optice dintre e-mailuri și publicitatea difuzată, nu ar exista nici un efort de separare a e-mailurilor importante de corespondența publicitară nesolicitată.
- 33 Nu se poate da un răspuns univoc cu privire la relevanța acestei interpretări. În favoarea interpretării reținute de instanța de apel ar putea pleda modul de

redactare a considerentului (40) al Directivei 2002/58. Acesta nu menționează hărțuirea utilizatorului. Dimpotrivă, utilizatorii rețelelor publice de comunicații electronice ar trebui protejați împotriva încălcării vieții lor private prin comunicările nesolicitate în scopul publicității directe, întrucât pe de-o parte aceste mesaje publicitare sunt relativ ușor și ieftin de trimis, iar pe de altă parte pot constitui o povară și/sau cauza costuri suplimentare celui care le primește. Mai mult, în unele cazuri volumul acestora poate constitui o problemă pentru rețelele de comunicații electronice și pentru echipamentele terminale. Dat fiind că, în speță, nu sunt în discuție nici costul suportat de utilizator, nici dificultățile cauzate rețelelor de comunicații electronice sau terminalelor, elementul determinant este dacă publicitatea în inbox grevează viața privată a utilizatorilor. În orice caz, considerentul (40) al Directivei 2002/58 nu menționează în mod expres că hărțuirea poate fi suficientă în acest sens.

- 34 Pe de altă parte, ținând seama de protecția determinantă a vieții private împotriva publicității directe nesolicitate, sensul literal al termenului „povară” cuprinde, de asemenea, atingerea adusă vieții private care se traduce prin faptul că consumatorul este confruntat cu publicitatea nu (doar) în zonele paginii de internet utilizate de obicei în acest scop și pe care le poate, prin urmare, ignora cu ușurință, ci (de asemenea) în cutia poștală electronică și, prin urmare, într-o zonă a paginii de internet a furnizorului de servicii electronice în cadrul căreia sunt afișate e-mailurile și pe care acesta o consultă cu un scop bine determinat, percepend-o așadar cu atenție sporită. La aceasta se adaugă împrejurarea că, potrivit experienței, utilizatorul se va simți vizat în mod individual mai puternic de mesajele publicitare care apar în inboxul prevăzut pentru mesajele care îi sunt personal adresate, decât de un afiș publicitar situat, de exemplu, pe marginea paginii internet și care este adresat, în mod evident, publicului larg. Și această împrejurare poate avea ca efect un grad ridicat de hărțuire, în funcție de mesajul și de obiectul publicității.
- 35 În această privință, trebuie să se țină seama, în plus, de faptul că un cont de e-mail privat, protejat cu parolă, face parte din domeniul creării unei vieți private, protejat de dreptul general al personalității. În acest domeniu, persoana vizată trebuie să fie protejată nu numai împotriva efortului care îi este impus prin faptul că trebuie să separe mesajele care îi sunt adresate și publicitatea de alte mesaje. În plus, este necesar să fie protejată voința persoanei vizate – un corolar al dreptului său la autodeterminare – de a-și menține spațiul privat liber de orice constrângere de a interfera cu publicitatea și cu efectul de sugestionare al acesteia. Protecția vieții private a utilizatorului în domeniul comunicațiilor electronice este de asemenea urmărită prin articolul 1 alineatul (1) din Directiva 2002/58, precum și de considerentele (1), (12) și (40) ale acesteia. În plus, trebuie să se țină seama de faptul că, în aprecierea efectului împovăraător al unei măsuri publicitare care aduce atingere vieții private, există, potrivit experienței, riscul cumulării hărțuirii ca urmare a proliferării formei de publicitate.
- 36 Întrucât pentru interpretarea întemeiată pe obiectivul de protecție urmărit de articolul 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58 elementul determinant este

protecția vieții private, iar nu protecția utilizatorului împotriva inducerii în eroare, pentru examinarea acestei dispoziții este lipsit de relevanță faptul că modul de prezentare a publicității difuzate în inboxul utilizatorilor este distinct de cel al e-mailurilor și că, în plus, distincția este evidențiată prin mențiunea „anunț” asociată publicității în inbox. Pe de altă parte, potrivit experienței, structura comunicării și afișarea comunicării publicitare, precum și lectura superficială generează utilizatorului o pierdere de timp, chiar și atunci când acesta poate să identifice și să șteargă, de la început, în mod clar și neechivoc, un mesaj publicitar apărut în cutia poștală a contului său de e-mail. Pentru aceleași motive, împrejurările invocate de instanța de apel, potrivit cărora publicitatea nu este inclusă în numărul e-mailurilor necitite ale clientului și nici nu consumă spațiu de stocare în cutia poștală, nu sunt contrare ipotezei unei încălcări a articolului 13 alineatul (1) din Directiva 2002/58.

- 37 Contrar opiniei instanței de apel, pentru a stabili dacă se aduce atingere vieții private a utilizatorului unui serviciu privat de poștă electronică, având în vedere considerațiile anterioare, pare să fie un aspect extrem de important dacă acesta este confruntat cu publicitate nu numai în locurile utilizate în mod obișnuit pentru mesaje publicitare, ci și într-un loc de pe pagina de internet a furnizorului serviciului său de poștă electronică, în care se găsesc e-mailurile care îi sunt adresate personal și asupra căruia atenția sa individuală se îndreaptă cu o intensitate deosebită. Constatările efectuate de instanța de apel militează de asemenea în acest sens. Aceasta a precizat că utilizatorului îi sunt create neplăceri prin afișarea publicității în căsuța poștală cu mesaje primite – încadrată între mesajele electronice nou primite. Întrucât, pentru observatorul superficial, publicitatea pare un mesaj electronic, fiind așadar, mai perceptibilă decât publicitatea din afara căsuței poștale cu mesaje primite, gradul hărțuirii cauzate ar trebui considerată superioară celei a publicității difuzate pe marginea vizuală a căsuței poștale. Aceste constatări sunt conforme cu experiența.

Cu privire la a cincea întrebare preliminară

- 38 Prezentul litigiu vizează caracterul ilicit al publicității în discuție în temeiul articolului 7 alineatul (2) punctul 1 din UWG. Aplicarea acestei dispoziții ridică o problemă de interpretare a punctului 26 prima frază din anexa I la Directiva 2005/29.
- 39 Conform articolului 7 alineatul (2) punctul 1 din UWG, trebuie să se considere că se cauzează o hărțuire nejustificată în sensul articolului 7 alineatul (1) punctul 1 din UWG ori de câte ori publicitatea utilizează un mijloc de comunicare comercială propriu vânzării la distanță, nemenționat la punctele 2 și 3 din această dispoziție, pentru a se adresa în mod insistent consumatorului, deși este vizibil că el nu dorește acest lucru. Această dispoziție urmărește să transpună punctul 26 prima frază 1 din anexa I la Directiva 2005/29 și trebuie interpretată în lumina acestei reglementări, în conformitate cu directiva. Conform primei fraze de la punctul 26 din anexa I la Directiva 2005/29, constituie o practică comercială

agresivă, considerată neloială în orice situație, efectuarea de solicitări repetate și nedorite prin telefon, fax sau e-mail sau alt mijloc de comunicare la distanță, cu excepția cazului în care un astfel de comportament este justificat de legislația națională, în vederea îndeplinirii unei obligații contractuale. În speță, se ridică o problemă de interpretare a acestei dispoziții a dreptului Uniunii, la care nu se poate răspunde în mod clar.

- 40 A cincea întrebare preliminară urmărește stabilirea cerințelor care trebuie impuse „efectuării de solicitări” în sensul primei fraze a punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29.
- 41 Elementul caracteristic al efectuării de solicitări presupune existența unei publicități care este adresată în mod specific unui client individual. În această privință, se ridică problema dacă o publicitate individualizată specifică care îndeplinește cerințele impuse „efectuării de solicitări” există doar atunci când un client este contactat printr-un mijloc destinat în mod tradițional comunicării individualizate între un expeditor și un destinatar, precum telefonul, faxul sau e-mailul, sau dacă este suficient – precum în speță – ca legătura cu un client specific să fie stabilită prin faptul că publicitatea este afișată în inboxul unui cont de e-mail privat și, prin urmare, într-un loc în care așteaptă mesaje care îi sunt adresate personal.
- 42 Modul de redactare a primei fraze a punctului 26 din anexa I la Directiva 2005/29 permite ambele interpretări. Dat fiind că – astfel cum am arătat deja – prin publicitatea în inbox, se aduce atingere vieții private a clientului și, în plus, acesta este hărțuit într-o mai mare măsură decât prin publicitatea tradițională prin afișe, efectuată în forma prevăzută în mod obișnuit, în locurile fără caracter individual ale unei pagini de internet, trebuie să se considere că se aduce de asemenea atingere obiectivului de protecție al acestei dispoziții.