

Непоискани електронни съобщения

Вихър Кискинов*

1. Понятие. Непоисканите електронни съобщения са явление, възникнало вследствие новите информационни и комуникационни технологии. Тези съобщения се изпращат предимно с търговска цел, в големи размери, до неопределен и неизвестен кръг адресати, без предварително тяхно съгласие. Съобщенията се създават, изпращат и получават в Интернет и други електронни комуникационни среди. Процесът отнема значителни ресурси и нарушава личната сфера на получателите.

Спам¹ е събирателният термин за всички прояви на непоискани съобщения, използван предимно в контекста на електронната поща. Световните статистики сочат, че спамът през 2004 г. е съставлявал 64% от всички електронни писма и струва на националните икономики 25 милиарда долара годишно. Безпокойство буди и темпът на нарастване². Нарушителите стават все по-агресивни, а предприетите национални законодателни мерки не са достатъчно резултатни. Интересно е да се знае, че имената на основните генератори на спам са широко известни³. У нас проблемът на практика не съществува. Липсват изявени източници на спам, Интернет-общността успешно прилага саморегулация, а непоискана електронна поща се получава предимно от чужди източници⁴.

Спамът е явление с много лица. Основните проблеми, възникващи от непоисканите електронни съобщения, се проявяват както в един по-общ обществен и юридически аспект, така и в техническите и финансови детайли, които също не трябва да бъдат пренебрегвани.

Не без основание се твърди, че непоисканите електронни съобщения нарушават правото на личен живот. Адресатите получават многократно непоискани, нежелани и ненужни електронни писма, без да са предоставили електронния си адрес за тази цел. В по-тежките си прояви спамът съдържа нецензурни, измамливи и обидни съобщения.

* Професор по теория на държавата и правото (правна информатика) в ЮФ на СУ „Св. Кл. Охридски”, доктор по право

¹ За произхода на термина „спам” вж. [http://en.wikipedia.org/wiki/Spam_\(electronic\)#Etymology](http://en.wikipedia.org/wiki/Spam_(electronic)#Etymology).

² През 2001 г. делът на непоисканата електронна поща спрямо общия трафик в Интернет е бил 7%, през 2002 – 29%, а през 2003 – 51%.

³ Вж. <http://www.spamhaus.org/statistics.lasso>

⁴ Впечатленията, основани на наблюдения в рамките на 7-8 години показват, че над 95% от спама в добре известни пощенски кутии има произход извън България. Авторът смята, че редица теми в правната регламентация на информационното общество, електронната демокрация и електронното правителство у нас заслужават значително по-голямо внимание, отколкото непоисканите електронни съобщения. Статията има за цел да ориентира българската правна общественост в международната и предимно европейска юридическа практика по темата, като на този фон се оценят качествата на едно законодателно предложение, обсъждано в последно време. В този смисъл авторът публикува настоящата статия повече като израз на едно професионално задължение, отколкото като резултат от теоретични научни обобщения.

Новите и непознати досега отношения в информационното общество се нуждаят от сигурност и обществено доверие. Механизми и технологии, които постоянно и ненужно ангажират вниманието на участниците в тези отношения, не се приемат благоприятно и създават обща среда на негативно отношение към нововъведенията.

Спамът създава технологични и следващите ги финансови проблеми. Непоисканите съобщения предизвикват загуба на време за четене и премахване. Ако в една пощенска кутия се получават ежедневно по няколко десетки съобщения, собственикът ѝ също ежедневно ще трябва да изразходва време за подбор на желаните и изтриване на непоисканите съобщения.

Спамът генерира в мрежата ненужен трафик, който в голяма част от случаите води до финансови загуби на индивидуални и корпоративни потребители. Паразитният трафик увеличава общата натовареност на Интернет и чрез това отнема ресурси, които биха могли да се използват за по-разумни цели. Обемът на получаваните ненужни съобщения принуждава Интернет-доставчиците на услугата e-mail да отделят повече ресурси за пощенските кутии на абонатите си.

Една от технологиите за защита – поставянето на филтри за отстраняване на непоисканите съобщения, има и неблагоприятни качества. Често срещани са случаи, при които редовни съобщения не достигат до получателите си поради поставени филтри (т.нар. „лъжливо позитивни” писма) или погрешно биват смятани за спам и изтритвани от получателите си.

Непоисканите електронни съобщения все по-често се използват като носители на вируси и други средства за проникване в чужди мрежи и индивидуални работни среди. Области на дейност, които особено ценят поверителността на кореспонденцията, каквато например е юридическата професия, изпитват засилващо се недоверие към технологиите на електронната поща.

Но изглежда, че най-пагубното въздействие на спама идва от създадената ситуация на загуба на доверие към електронната поща и в резултат на това елиминиране на електронните съобщения от модерните средства за комуникация, електронната търговия и услугите на информационното общество.

Изводите, които следват от този кратък преглед, са вече направени от модерните законодатели. Още в началото на това десетилетие се констатира, че технологичните мерки не са достатъчното средство за овладяване на проблема с непоисканите електронни съобщения. Необходима е намесата на обществени регулатори. Усилията на сдружения и недържавни организации не са достатъчни за справяне с проблема „спам”. Ето защо е необходимо прилагане на юридически механизми, които, особено важно е да се отбележи, трябва да се приложат съгласувано от националните законодателства на всички модерни държави, подкрепени и координирани от международни организации и съюзи.

2. Режими. Съвременната национална и международна практика познава два режима за правно уреждане на проблема.

Забранителният режим (opt-in) не разрешава изпращане на непоискани електронни съобщения. Само тези адресати, които изрично са поискали, получават неадресирани съобщения. За разлика от спам-съобщенията, които се изпращат на възможно най-широк и неограничаван от никакви критерии списък от получатели, забранителният режим оставя на волята на получателя предварително да реши дали да получи или да получава многократно електронни съобщения от определен източник.

Забранителният режим води до създаване на рекламни списъци от e-mail адреси, в които всеки участващ потребител съзнателно, обмислено и предварително

се е включил. Във всеки момент, последващ включването, адресатът може да се самоизключи от списъка чрез достъпна, лесна и кратка процедура. Примери за подобна практика могат да се открият в услугите на Google, информационните агенции, книжарници и пр. Понастоящем се смята, че забранителният режим е единственият обществено приемлив начин за реклама посредством електронни съобщения.

В зависимост от начина на присъединяване към определен списък, забранителният режим разпознава допълнителни квалификации като напр. потвърдено включване (confirmed opt-in), проверено включване (verified opt-in) и пр. Общото между тях е, че получателят потвърждава включването си или отговаря на потвърждаващо съобщение за включване в списъка. Независимо от разновидностите, основната идея на забранителният режим е една – потребителят е инициатор на всички последващи действия по потвърждаване и проверка на желанието му да бъде включен в определен списък за разпращане на електронни съобщения.

Свободният режим (opt-out) разрешава изпращане на електронни съобщения по списъци, в които адресатите са включени без тяхно знание или одобрение, независимо, че могат във всеки момент да поискат изключване от списъка. На практика самоизключването е недостатъчна и неефективна мярка по няколко причини. Преди всичко, адресатите трябва да изразходват значително време за отписване от множество списъци. Процедурите на отписване в много случаи са съзнателно усложнени, за да обезкуражат и объркат адресата в усилията му за отписване. В редица случаи отписването изисква предоставяне на редица лични данни, които от своя страна са последващ обект на манипулативна реклама. В резултат на всички тези фактори получателят изразходва значително време за „разчистване” на адреса си от списъци, в които той никога не е желал да бъде включен. Освен това, нищо не гарантира, че след евентуалното успешно заличаване от определен списък, един адрес няма да попадне отново в него по механизма на първоначалното му включване.

В много случаи механизмът за отписване се използва измамливо. Начинът на съставяне на списъците в свободния режим не гарантира достоверността на всеки адрес. Ако обаче постъпи заявка за заличаване на този адрес, това е безспорна индикация за неговата достоверност. Такива потвърдени адреси се използват за създаване на „рафинирани”, „качествени” и „потвърдени” списъци от адреси, които впоследствие се разпространяват, включително възмездно. Установено е, че адресати, които систематично се отписват от всевъзможни списъци, получават повече непоискани съобщения, отколкото преди отписването си.

Забранителен режим възприемат законодателствата на Австрия (1997), Белгия (2003), Великобритания (2003), Германия (2004), Дания (2003), Ирландия (2003), Испания (2003), Италия (1999), Канада (2001), Норвегия (2001), Полша (2003), Унгария (1999), Финландия (2004), Франция (2004).

Идеите на свободния режим намират приложение в Корея (2001), Мексико(2003), Япония (2002).

3. Примери за типични национални законодателни уредби на двата режима. Австралийският Spam Act¹ влиза в сила на 10 април 2004 г. Законът забранява изпращането на непоискани търговски електронни съобщения, които имат австралийски линк. Съобщението съдържа „австралийски линк”, ако произхожда или е създадено в Австралия, или произхожда от чужбина, но е изпратено на адрес, достъпен от Австралия.

¹ Spam Act 2003 No. 129, 2003

Актът обхваща съвременните форми на електронна комуникация с търговско естество – електронна поща, мобилни телефонни текстови съобщения (SMS), мултимедийни съобщения (MMS) и незабавни съобщения (instant messaging - iM). Предмет на регулиране обаче не са гласовите и факсови съобщения с търговски характер.

Актът забранява изпращането на непоискани търговски електронни съобщения. Всички търговските електронни съобщения трябва да включват информация за физическото или юридическо лице, което е изпратило или одобрило изпращането на съобщението. Търговските електронни съобщения трябва да съдържат функциониращи средства за отказ от бъдещо получаване. Не може да се доставя, придобива или използва софтуер за събиране на адреси. Не може да се доставя, придобива или използва електронен адресен списък, създаден чрез използване на софтуер за събиране на адреси. За нарушаване разпоредбите на закона се предвижда гражданска и административна отговорност.

Законът CAN-SPAM от 2003 г. на САЩ¹ определя спама като „всяко електронно пощенско съобщение, чиято основна цел е търговска реклама или промоция на търговски продукт или услуга (включително съдържанието на Интернет-сайт, действащ с търговска цел)”. Законът позволява изпращането на непоискани търговски електронни писма, ако те съдържат всяко едно от следните качества: механизъм за отказ от получаване на бъдещи съобщения (opt-out mechanism); действащ адрес за отговор; валиден текст в рубриката „относно” и валидна служебна информация; правилния физически адрес на изпращача.

Законът позволява на Федералната комисия по търговията да създаде национален списък на нежеланите да получават подобни електронни съобщения или да докладва на Конгреса защо създаването на такъв списък в момента е неосъществимо. Комисията е отхвърлила това предложение, аргументирайки се, че липсата на легитимация в писмата ще компрометира подобен списък, а и самият той ще създаде проблеми със сигурността.

Законът е посрещнат с разочарование от страна на анти-спам общността. Тя констатира, че актът няма да спре непоисканите електронни съобщения, обратното, той изглежда оправдава тази практика. Изразяват се опасения, че в резултат на правната регламентация спамът ще се увеличи.

4. Европейските директиви. Първоначално Европейският съюз възприема свободния режим. Директива 2000/31/ЕС от 8 юни 2000 г. относно някои правни аспекти на услугите на информационното общество и особено електронната търговия, във вътрешния пазар, цитирана като Директива за електронната търговия, еднозначно допуска непоискана търговска комуникация. В чл. 6 на директивата се определят изискванията, на които следва да отговаря търговската комуникация като част от услугите на информационното общество. Търговската комуникация следва ясно да бъде определена като такава. Физическите и юридическите лица, които изпращат търговски съобщения, трябва ясно да се идентифицират. Промоционални оферти, в които е установен доставчикът на информационни услуги, трябва ясно да са определени в това им качество. Същото се отнася и за промоционни състезания и игри, ако те са допустими в законодателствата на държавите-членки.

След като Директивата определя основните качества на търговската комуникация, в следващия чл. 7 се урежда непоисканата търговска комуникация. Доставчиците на услуги, прилагащи подобна комуникация, трябва ясно и нееднозначно да идентифицират съобщенията си така, че още с получаването им

¹ Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003.

адресатите да ги разпознават като непоискани. Това е типичната регламентация на свободния режим.

Въвежда се също типичната фигура на описващите регистри, в които физическите лица могат да се обозначат като субекти, отказващи непоискани търговски съобщения. В националните законодателства следва да се създадат разпоредби, които задължават доставчиците на услуги да уважават отписващите регистри и периодично да се консултират с тях.

По принцип и независимо от разпоредбите на Директивата за електронната търговия, механизмът на свободния режим и неотделимият от него регистър на нежелаещите да получават електронни съобщения (opt-out), поставя редица въпроси, които трудно могат да получат отговор.

Преди всичко, въвежда се управляван от държавата механизъм за създаване и поддържане на такъв регистър. Както се вижда от практиката на САЩ, перспективата за обслужване на подобен регистър е посрещната нееднозначно и от самите органи, натоварени със създаването и поддържането на регистъра.

Второ, самото естество на регистъра поражда въпроси в сферата на вече действащите национални законодателства за защита на личните данни. Според чл. 7 от Директивата отписващите регистри са предвидени като средство за регистрация на физически лица. След като в подобен регистър ще се включват лични електронни адреси, телефонни номера и други идентификатори, то тази информация ще трябва по необходимост да попада под регулативния режим на актовете за защита на личните данни. Един от принципите на това законодателство е, че лични данни могат да се предоставят на трети лица само след изричното съгласие на субекта на личните данни. Обаче регистърът на непоисканите електронни съобщения се създава именно с цел да бъде публичен и да служи като източник на предварителна консултация от страна на доставчиците на услуги. Очевидно е противоречието между характера на данните в този регистър, техния общ режим и предвижданите функции, заради които се създава регистърът.

Трето, прилагането на свободния режим в условията на Европейския съюз поражда въпросите – колко регистъра ще трябва предварително да провери доставчикът на услуги и колко често ще трябва да бъде правена проверката. Съществуването на множество национални регистри неминуемо ще доведе до противоречия между тях, което обстоятелство веднага ще постави въпроси относно конкуренцията между национални регистри, приоритети на регистри и други подобни.

Четвърто, дори и в рамките на определен национален правен ред остава неразрешим въпросът за конкуренцията между съгласието ad hoc на адресата да получава електронни съобщения от точно определен изпращач и предшестващото или последващото негово вписване в забраняващ регистър.

Пето, по предназначение регистърът трябва да бъде публично достъпен. Основателни са опасенията, че именно адресите и номерата в този регистър ще бъдат притегателният център за нарушителите на забраните за изпращане на непоискани електронни съобщения. Едва ли може да се изобрети по-голямо предизвикателство за един нарушител от готов, актуален и достоверен списък на адресати, които не желаят получаване на електронни съобщения. Не са преувеличени твърденията, че включването в такъв списък на определен адрес увеличава многократно получаваните от него непоискани електронни съобщения.

Шесто, свободният режим, съпроводен винаги с отписващ регистър, не може да ползва утвърдените в практиката и безспорни механизми за защита на лични данни. Напротив, той се противопоставя, както беше изтъкнато, на тази защита. Следователно, освен всичко друго, законодателството, въвеждащо свободния режим,

се самонатова с трудната задача да разреши създадени от самия него нормативни противоречия, вместо да използва готови и проверени механизми на защита на личните данни.

Седмо, но не на последно място по значимост е обстоятелството, че свободните режими по необходимост градят своята аргументация и поместват правната си уредба в материята на услугите на информационното общество, презюмирайки, че непоисканите търговски съобщения са част от тези услуги. Така се създава едно общо впечатление за одобрени от правото механизми, които са противопоставени на материята за правото на личен живот, което тези механизми несъмнено нарушават.

Приемането на Директива 2000/31/ЕС води като резултат създаване на редица национални забранителни списъци от неправителствени организации. Предшественик на тези съобразени с директивата усилия е списъкът на френската Федерация за директен маркетинг, основан през 1999 г. Той е последван от списъци на немската и белгийска асоциации. В периода май-октомври 2000 г. Европейската комисия провежда проучване в националните индустриални асоциации, което установява, че национални списъци са създадени във Великобритания, Германия, Испания, Италия, Норвегия, Финландия, Холандия и Швеция. Първоначално замислени като местни, повечето от тях по това време са планирани към разширение в целия Европейски съюз, а и извън неговите граници.

Европейското схващане за преимуществата и недостатъците на двата режима еволюира и само две години след Директива 2000/31/ЕС се приема Директива 2002/58/ЕС, в сила от 31 октомври 2003 г. относно обработката на лични данни и защита на личния живот в електронния комуникационен сектор (Директива за личния живот и електронните комуникации). Новата директива, както и предходната, не използва директно термина „спам“. Вместо това тя регламентира темата за „непоисканите комуникации“ чрез „електронна поща“ и „за целите на директния маркетинг“. Събирателният термин „електронна поща“ обхваща SMS, MMS и изобщо всички форми на електронна комуникация, при които изпращачът и получателят не трябва да участват едновременно и непосредствено.

Директивата за личния живот и електронните комуникации безпрекословно възприема забранителния режим. Чл. 13 урежда изобщо материята на „непоисканите комуникации“, а не както чл. 7 от Директивата за електронната търговия от 2000 г. – само „непоискана търговска комуникация“. По общ начин е определено и понятието за системите, разпространяващи непоискани комуникации. Това са автоматични повикващи системи без човешка намеса, факсимилни апарати и електронна поща. Използването на тези средства за целите на директен маркетинг може да бъде разрешено само за адресати, които предварително са дали съгласието си. Тук е възловият момент на промяната към забранителен режим. Изисква се предварително съгласие от получателя на електронното съобщение, за разлика от чл. 7 на Директивата за електронната търговия от 2000 г., който допуска изпращане на съобщения към неограничен и неопределен кръг адресати, стига доставчиците на услуги да идентифицират съобщенията си като непоискани.

В качествено отношение разликата се състои в обстоятелството, че по новия режим доставчиците на услуги, ако желаят да използват възможностите на електронната поща, трябва да предвидят други средства за формиране на списъци от адресати, съгласни да получават съобщения. От тези други средства е изключена технологията на електронната поща. Обратно, старият режим насърчава създаването на списъци с адресати, които са включени без знание и съгласие в списъците и пряко волята си получават непоискани съобщения.

В количествено отношение разликата е огромна. По новия забранителен режим всички непоискани съобщения са поставени извън правото и следователно *ex lege* доставчиците на услуги не трябва да генерират такива съобщения. По стария свободен режим правото одобрява генерирането на непоискани съобщения, стига те да отговарят на лесно изпълними условия. Очевидно е при кой от двата режима броят на непоисканите съобщения ще е по-голям.

Във втория си параграф чл. 13 от Директива 2002/58 третира важния случай на вече установени контакти между изпращач и получател на търговски съобщения. Когато физическо или юридическо лице вече притежава електронен адрес на свои клиенти, получен при продажбата на продукт или услуга, тогава е допустимо използването на този адрес за пряк маркетинг на свои собствени „подобни продукти и услуги” при условие, че на клиентите ясно и отчетливо се дава възможност да възразят срещу подобно използване на детайлите за електронен контакт. Съществено условие тук е, че при всяко предходно съобщение клиентът не е отказал първоначално такова използване.

Директива 2002/58 не развива понятието за „подобни продукти и услуги”. Уредбата поставя други ориентири – адресът да се използва от същия доставчик на услуги, който е установил вече връзка с потребителя и че всички съобщения трябва да съдържат механизъм за отписване. Аргументите за подобно решение са вече установената връзка между търговец и клиент, необходимост от комуникация помежду им за поддържане на услугата или продукта, обновяването и допълването им като част от развитието на технологиите. Не на последно място идва интересът на търговеца да укрепва доверието си в клиента и да работи в негова полза.

Независимо от нотките на либерализъм, прокрадващи се в § 2 на чл. 13, Директивата постановява, че във всички случаи трябва да бъде забранена практиката на изпращане на електронна поща за целите на директен маркетинг чрез маскиране или прикриване идентичността на изпращача, от името на който е изпратено съобщението, или без действителен адрес, на който получателят може да изпрати заявка за прекратяване на комуникацията.

Контекстът на Директивата е защитата на правото на личен живот. Ето защо, основната цел пред регламентацията на непоисканите съобщения е защитата на физическите лица. Именно поради това обстоятелство § 5 на чл. 13 адресира забраните за получаване на непоискани търговски съобщения спрямо получатели – физически лица. Заедно с това се изисква от държавите-членки да гарантират в националните си законодателства защита на законните интереси на абонати извън категорията на физическите лица. С тази разпоредба на практика новият забранителен режим се разпростира върху всички участници в електронните комуникации и прави разпоредбите на Директивата по отношение на новия забранителен режим универсално приложими спрямо всички правни субекти.

Директивата не дава отговор за приложимостта на старите регистри, създадени при действието на свободния режим. След като новият режим отхвърля по принцип както създаването, така и използването на списъци без съгласието на субектите, включени в тях, то е очевидно, че списъци, създадени по стария свободен режим, не могат да намерят приложение като основание за изпращане на непоискани електронни съобщения. В обратният смисъл обаче действа английският информационен комисар, който публично заявява, че ще прилага прагматичен подход към вече създадените списъци. През ноември 2003 г. белгийски търговски съд се произнася, че е противоправно изпращането на търговски електронни съобщения на адреси, които са събирани при свободния режим преди новия забранителен режим да влезе в сила.

Решимостта на Европейската комисия да възприеме новия забранителен режим, установен в Директива 2002/58/ЕС, проличава от енергичните мерки, отправяни към страните-членки. Крайният срок за инкорпориране на директивата в националните законодателства изтече на 31 октомври 2003 г. През април 2004 г. Европейската комисия предприема втора стъпка в процедурата за нарушения против осем държави-членки, които не са уведомили за мерките за привеждане на националните си законодателства съобразно разпоредбите на Директивата за личния живот и електронните комуникации. Особено внимание се обръща на обстоятелството, че директивата „показва ефективните действия, които могат да бъдат предприети и предписани на национално равнище против спама”. Според процедурата, поканените страни имат два месеца за отговор, а ако продължават нарушението, следва сезиране на Европейския съд.

Доказателство за непоколебимост при налагане на забранителния режим е и чл. 18 (1) от Директивата. Европейската комисия се задължава в срок до 31 октомври 2006 г. да представи на Европейския съвет отчет за прилагането на директивата в частта ѝ относно разпоредбите за непоисканите комуникации. Отчетът трябва да бъде съобразен и с международната среда на Европейския съюз.

Директивата не решава всички въпроси на непоисканите търговски съобщения. Нейните разпоредби следва да бъдат адаптирани към националните законодателства на страните-членки. Това означава, че редица страни сменят режима на регулиране и преминават от свободен към забранителен режим. Независимо от всички действия или очаквания, европейският правен режим не може да се справи със спама, идващ от неевропейски територии. Само координирани междудържавни усилия са в състояние да осигурят забележим успех. Като осъзнават необходимостта от общи усилия, през февруари 2005 г. „анти-спам органите” на 13 европейски страни предприемат координирани усилия за борба с непоисканите електронни съобщения. Обмен на информация и трансгранични механизми за разглеждане на жалби са предвижданите общи действия. Едновременно с това, европейските институции работят с други страни въз основа на двустранни и споразумения с международни организации като ОИСР и Международния телекомуникационен съюз¹. Необходимостта от прилагане на новия режим е изтъквана от Европейската комисия и в други нейни документи².

В резултат на цялата тази еволюция, Европейската комисия стига до изводите, че освен създаването на действено законодателство в тази материя, са необходими редица допълнителни и съпътстващи мерки, като например международно сътрудничество, използване на технически мерки за ограничаване на спама, масова

1 Европейската комисия предприема съгласувани усилия с други регионални междудържавни организации в стремежа си да ограничи непоисканите електронни съобщения с източник извън страните-членки на съюза. Съвместна инициатива за борба със спама се предприема от азиатско-европейската конференция по електронна търговия, проведена в Лондон през февруари 2005 г. В съвместно изявление относно международното анти-спам коопериране, 25 европейски и 13 азиатски държави се съгласяват да предприемат активни действия против спама както на национално, така и на международно равнище. В участниците от азиатския район са Китай и Южна Корея, които са едни от главните източници на спам.

2 В началото на 2004 г. Комисията публикува съобщение - COM(2004) за прилагането на директивата специално в частта ѝ за непоисканите съобщения по електронната поща - вж. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on unsolicited commercial communications or 'spam'. Brussels, 22.01.2004. COM(2004) 28 final. Значимостта на мерките по прилагане на забранителния режим се изтъква и в по-широкия контекст на електронните комуникации в икономиката на знанията – вж. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Electronic Communications: the Road to the Knowledge Economy", Brussels, 11.2.2003, COM (2003) 65 final.

разяснителна кампания и особено – саморегулация от страна на участниците в електронния обмен.

5. Едно законодателно предложение у нас. През април 2005 г. чрез публикуване в няколко сайта беше представен на българската общественост текст на законопроект за електронната търговия. Проектът, анализът на който разкрива любопитни подробности извън предмета на тази работа, е почти буквален превод на Директива 2000/31/ЕС за електронната търговия. Механичното копиране на директивата е повлякло и възприемане на остарелия за европейската действителност свободен режим за непоисканите търговски съобщения. Основната идея на чл. 7 от Директивата за електронната търговия е възпроизведена в чл. 6 от проектозакона. Според ал. 1 „Доставчик на услуги, който изпраща търговски съобщения по електронната поща без предварително съгласие на получателя, е длъжен да осигури ясното и недвусмислено разпознаване на търговското съобщение като непоискано още с постъпването му при получателя.” Разпоредбата е типичен изразител на схващането за свободния режим. Ал. 2 и 3 на същия член утвърждават това заключение. В ал. 2 се предвижда създаване на държавен регистър на лицата, които не желаят да получават непоискани търговски съобщения, а ал. 3 забранява изпращането на този вид съобщения на адреси, вписани в регистъра.

Предлаганият законопроект в частта му за непоисканите електронни съобщения не е съобразен с актуалната правна рамка на европейското право. Тук е ненужно отново да се повтарят недостатъците на свободния режим, неуместността на държавен регистър на нежелаетелите да получават съобщения, както и изложените по-горе анализи и съпоставки между двата режима, но всички те важат безусловно и по отношение на предлагания законопроект.

6. Изводи. Чрез проекта на Закон за електронната търговия се предлага един отречен от европейската практика модел на законодателство за непоисканите електронни съобщения. Ако законопроектът бъде приет, разпоредбите на неговия чл. 6 ще поставят страната ни в много деликатната и необяснима за външния наблюдател ситуация на отживяло нормотворчество, предприемано от държава - кандидат за член в навечерието на пълноправното ѝ включване в Европейския съюз. Несъмнено и неминуемо впоследствие тази уредба ще трябва да бъде заменена с възпроизвеждане на забранителния режим съгласно Директива 2002/58.

В момента нищо не налага спешно приемане на българско анти-спам законодателство. Липсват фактори от национално значение, които да мотивират законодателна уредба на тази материя. Несъмнено обаче като бъдещи членове на Европейския съюз ще трябва да хармонизираме законодателството си и особено това за защита на личните данни с изискванията на Директива 2002/58. Ако фактори, произтичащи от тази задължителна и необходима мярка, не налагат избързване, изчакването до есента на 2006 г. изглежда по-подходяща перспектива. Тогава ще се навършат три години от влизане в сила на Директива 2002/58 и Европейската комисия ще трябва да представи на Европейския съвет отчет за прилагането на Директивата в частта ѝ относно разпоредбите за непоисканите комуникации. Тогава се очаква и изменение на Директивата съобразно практиката през първите три години от прилагането ѝ.

Дотогава може да се предприемат редица други полезни мерки, препоръчвани от Европейската комисия, като например масови разяснителни кампании и особено – насърчаване на саморегулацията от страна на участниците в електронния обмен. Този механизъм е показал ефективността си у нас и не следва да бъде пренебрегван като действителен фактор за ограничаване на непоисканите електронни съобщения с български произход.

В същото време е уместно да бъдат поставени на дискусия основните положения на една бъдеща нормативна уредба, основана върху задължителния за нас като страна-членка забранителен режим. Материята в своята пълнота е сравнително обширна и значително надхвърля обема на предлаганата сега скромна уредба в споменатия законопроект.

7. Нормативно съдържание на забранителния режим. Принципът, установяващ забрана за изпращане на непоискани електронни съобщения очертава само най-общите рамки на режима. За да се превърне той в действаща нормативна уредба, са необходими редица допълнителни и съпътстващи норми, които да очертаят в пълнота целия механизъм. Ето защо е необходимо да бъде обърнато внимание не само на общата норма на режима, но и на тези нейни допълващи, конкретизиращи и охранителни разпоредби, които в своето взаимодействие осигуряват ефективно действие на нормативния механизъм. В това уточнение непременно следва да се ползва като отправна точка вече намерилите нормативен израз клаузи в национални законодателства, възприели забранителния режим.

Към един цялостен модел на правна регламентация може да бъдат предявени някои съществени изисквания. Преди всичко, нормативната уредба трябва да е съобразена и да обхваща възможно най-широк кръг хипотези и проявни форми на спам. Уредбата следва да позволява използване на разнообразни правни средства и механизми за ограничаване проявите на спам. Нормативната регламентация трябва да предвижда различна степен на ангажиране на държавата с проблема и различна интензивност на държавното въздействие. Едновременно с това правната уредба трябва да осигури съвместни действия на държавата и недържавни институции за ограничаване на нежеланите електронни съобщения. Правната уредба не трябва да нарушава правата на гражданите за разпространение и получаване на информация. Едновременно с това нормите за защита от спам трябва да действат в съчетание с уредбата на защитата на личните данни. Не на последно място, българската правна уредба трябва да непременно да отговаря на актуалните европейски норми в тази област и общите изисквания на информационното общество.

Summary

Unsolicited electronic communications

by Vihar Kiskinov

The article treats co-ordination of Bulgarian law with European legal framework regarding unsolicited electronic communications. A brief review of the two regimes – opt-in and opt-out, is made. The opt-out mechanism, established in Directive on electronic commerce (2000/31/EC) is compared to the opt-in resolution in Directive on privacy and electronic communications (2002/58/EC). Recently proposed Bulgarian draft on electronic commerce is evaluated in relation to unsolicited electronic communications.
