Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
Sr. JEAN RICHARD DE LA TOUR
presentadas el 24 de junio de 2021 [1]

Asunto C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
contra
eprimo GmbH
con intervención de:
Interactive Media CCSP GmbH

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Petición de decisión prejudicial — Directiva 2002/58/CE — Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas — Mensaje publicitario insertado en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico — Artículo 2, párrafo segundo, letra h) — Concepto de "correo electrónico" — Artículo 13, apartado 1 — Concepto de "utilización del correo electrónico con fines de venta directa" — Directiva 2005/29/CE — Prácticas comerciales desleales — Anexo I, punto 26 — Concepto de "proposiciones no solicitadas y persistentes por correo electrónico"»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 2, párrafo segundo, letra h), y 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), [2] en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 [3] (en lo sucesivo, «Directiva 2002/58»), y del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). [4]

1 Lengua original: francés.
2 DO 2002, L 201, p. 37.
3 DO 2009, L 337, p. 11.
4 DO 2005, L 149, p. 22.

2. Esta petición fue presentada en el marco de un litigio entre StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (en lo sucesivo, «StWL») y eprimo GmbH, dos sociedades que suministran electricidad a clientes finales, en relación con la compatibilidad con la normativa nacional en materia de competencia desleal de una actividad publicitaria desarrollada por Interactive Media CCSP GmbH (en lo sucesivo, «Interactive Media»), a solicitud de eprimo, consistente en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de los usuarios del servicio de correo electrónico gratuito «T-Online».

3. La técnica publicitaria a que se refiere el asunto principal es difícil de calificar pues, por un lado, se distingue del modelo técnico del correo electrónico y, por otro, se le parece, hasta el punto de confundirse, desde el punto de vista del destinatario, con el correo electrónico no solicitado (*spam*), blanco principal del objetivo de protección establecido, en particular, en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

4. En las presentes conclusiones, propondré al Tribunal de Justicia, en primer lugar, que declare que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 debe interpretarse en el sentido de que constituye una «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido de esta disposición, la inserción, en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichas comunicaciones tenga incidencia a este respecto ni resulte necesario comprobar que la molestia para el usuario va más allá de una incomodidad. Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si dicho usuario ha dado su consentimiento previo de algún modo y, como mínimo, de forma libre, específica e informada, a la inserción de tales mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.

5. En segundo lugar, propondré al Tribunal de Justicia que considere que el concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes por […] correo electrónico» en el sentido del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, debe interpretarse en el sentido de que puede cubrir comportamientos como los que tienen lugar en el asunto principal consistentes en la inserción, en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos y en la misma ubicación que estos. No obstante, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar, por un lado, si la inserción de estos mensajes publicitarios ha tenido la frecuencia y regularidad suficientes para poder ser calificada de proposiciones «persistentes» y, por otro, si la inserción de esos mensajes puede ser calificada de proposiciones «no solicitadas», teniendo en cuenta la existencia o no de un consentimiento dado por dicho usuario con anterioridad a tal inserción, así como la oposición a tal procedimiento publicitario expresada por tal usuario.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2002/58

6. Los considerandos 4 y 40 de la Directiva 2002/58 disponen que:

«(4) La Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones [5], tradujo los principios establecidos en la Directiva 95/46/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, [6]] en normas concretas para el sector de las telecomunicaciones. La Directiva [97/66] debe ser adaptada al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas para que el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público sea el mismo, con independencia de las tecnologías utilizadas. Procede, pues, derogar dicha Directiva y sustituirla por la presente.

[…]

(40) Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los de SMS. Por una parte, el envío de estas formas de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar relativamente sencillo y económico, y por otra, puede conllevar una molestia e incluso un coste para el receptor. Además, en algunos casos su volumen puede dar lugar a dificultades en las redes de comunicaciones electrónicas y en los equipos terminales. Se justifica, para este tipo de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, la exigencia de obtener el consentimiento expreso previo de los receptores antes de que puedan dirigírseles comunicaciones de esta índole. El mercado único requiere un planteamiento armonizado que garantice la existencia de normas sencillas aplicadas a escala [de la Unión], tanto para las empresas como para los usuarios.»

7. El artículo 2 de la Directiva 2002/58, titulado «Definiciones», establece lo siguiente:

«Salvo disposición en contrario, serán de aplicación a efectos de la presente Directiva las definiciones que figuran en la Directiva [95/46] y en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). [7]

Además, a efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[…]

5 DO 1998, L 24, p. 1.

6 DO 1995, L 281, p. 31.

7 DO 2002, L 108, p. 33.

d) "comunicación": cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. No se incluye en la presente definición la información conducida, como parte de un servicio de radiodifusión al público, a través de una red de comunicaciones electrónicas, excepto en la medida en que la información pueda relacionarse con el abonado o usuario identificable que reciba la información;

[…]

f) "consentimiento" de un usuario o abonado: el consentimiento del interesado, con arreglo a la definición de la Directiva [95/46[8]];

[…]

h) "correo electrónico·: todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo;

[…]».

8. El artículo 13 de la Directiva 2002/58, titulado «Comunicaciones no solicitadas», prevé lo siguiente:

«1. La utilización de sistemas de llamada automática y comunicación sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa solo se podrá autorizar respecto de aquellos abonados o usuarios que hayan dado su consentimiento previo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva [95/46], esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares, a condición de que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan y, en caso de que el cliente no haya rechazado inicialmente su utilización, cada vez que reciban un mensaje ulterior.

3. Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar que no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa en casos que no sean los mencionados en los apartados 1 y 2, bien sin el consentimiento del abonado o el usuario, bien respecto de los abonados o los usuarios que no deseen recibir dichas comunicaciones. La elección entre estas dos posibilidades será determinada por la legislación nacional, teniendo en cuenta que ambas opciones deben ser gratuitas para el abonado o usuario.

[8] A tenor del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46, se entenderá por «consentimiento del interesado» «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan». Esta Directiva fue derogada, con efectos a partir del 25 de mayo de 2018, por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO 2016, L 119, p. 1), cuyo artículo 4, punto 11, define el «consentimiento del interesado» como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». A tenor del artículo 94, apartado 2, de este Reglamento, titulado «Derogación de la Directiva [95/46]», «toda referencia a la Directiva derogada se entenderá hecha al presente Reglamento».

4. Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que contravengan lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)[9]], o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones o en los que se aliente a los destinatarios a visitar páginas web que contravengan el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE.

[…]»

2. Directiva 2005/29

9. El considerando 17 de la Directiva 2005/29 dispone lo siguiente:

«Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista solo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

10. A tenor del artículo 5 de la Directiva 2005/29:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si:

a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

y

b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

[…]

4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:

a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7,

o

b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.

[9] DO 2000, L 178, p. 1.

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y solo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

11. El artículo 8 de la Directiva 2005/29 prevé lo siguiente:

«Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.»

12. El anexo I de esta Directiva recoge la lista de las «prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia». Entre las «prácticas comerciales engañosas», en el punto 26, figura el hecho de «realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio […] de las Directivas [95/46] y [2002/58]».

B. Derecho alemán

13. El artículo 3, apartados 1 y 2, de la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la Competencia Desleal),[10] de 3 de julio de 2004, en su versión aplicable al litigio principal, dispone que:

«1. Las prácticas comerciales desleales son ilícitas.

2. Las prácticas comerciales que se dirijan a los consumidores o que lleguen a estos serán desleales si no se ajustan a la diligencia a que están obligados los empresarios y pueden influir de forma sustancial en el comportamiento económico del consumidor.»

14. El artículo 5a, apartado 6, de la Ley contra la Competencia Desleal prevé lo siguiente:

«Incurrirá […] en un acto de competencia desleal quien no indique el verdadero propósito comercial de una práctica, siempre que no se infiera ya de su contexto y que la falta de indicación pueda inducir al consumidor a adoptar una decisión comercial que no habría adoptado en otro caso.»

15. El artículo 7, apartados 1 y 2, de la Ley contra la Competencia Desleal está redactado en los términos siguientes:

«1. Las prácticas comerciales que causen una incomodidad indebida a un operador del mercado serán ilícitas. Lo anterior se aplicará en particular a la publicidad realizada aun cuando resulte manifiesto que el operador del mercado en cuestión no la desea.

[10] BGBl. 2004 I, p. 1414; en lo sucesivo, «Ley contra la Competencia Desleal».

2. Se presumirá en todo caso que se produce una inconveniencia indebida:

1) en caso de publicidad que implique la utilización de un medio de comunicación comercial adaptado a la comercialización a distancia no mencionado en los puntos 2 y 3 de esta disposición, que plantee una proposición de forma persistente al consumidor pese a que resulta manifiesto que no la desea;

[…]

3) en caso de publicidad que entrañe la utilización de aparatos de llamada automática, de un fax o de un correo electrónico, sin el consentimiento expreso previo del destinatario, o

4) en caso de publicidad en forma de mensaje

a) enviado en el que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación […]

[…]».

16. A tenor del artículo 8 de la Ley contra la Competencia Desleal:

«1. Contra quien realice una práctica comercial ilícita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 o en el artículo 7 podrá ejercitarse una acción de subsanación o, en caso de riesgo de reincidencia, una acción de cesación. El derecho a exigir la cesación existirá desde el momento en que resulte inminente la comisión de tal práctica contraria al artículo 3 o al artículo 7.

2. Si las infracciones cometidas en una empresa las lleva a cabo un empleado o un agente de aquella, la acción de cesación y la acción de subsanación podrán ejercitarse también contra el titular de la empresa.

3. Son titulares de los derechos conferidos por el apartado 1:

1. Cada uno de los competidores;

[…]».

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

17. StWL y eprimo son dos suministradores de electricidad competidores. A solicitud de eprimo, Interactive Media, una agencia de publicidad, insertó anuncios publicitarios en los buzones de correo electrónico de usuarios de T-Online, un servicio gratuito de correo electrónico.

18. Los mensajes publicitarios, que anunciaban «más ahorro» con eprimo, aparecieron en los buzones de correo electrónico privado de un usuario de T-Online, y, más precisamente, en la bandeja de entrada, es decir, en la sección en que los correos electrónicos recibidos aparecen en forma de lista, insertados entre los correos electrónicos recibidos. A diferencia de estos últimos, la publicidad, acompañada de la mención «anuncio», aparecía sobre un fondo gris, carecía de fecha y remitente, no podía ser archivada ni reenviada ni tampoco era posible enviar respuesta utilizando las opciones previstas por el proveedor del servicio de correo electrónico para el tratamiento de los correos. Además, no se computaba en el número de correos electrónicos no leídos ni ocupaba

espacio de almacenamiento en la bandeja de entrada. El 20 de diciembre de 2016, este usuario remitió a eprimo un requerimiento en relación con un anuncio de 12 de diciembre de 2016 y, de ese modo indicó expresamente a eprimo su voluntad de no recibir tales anuncios publicitarios. Sin embargo, el 13 y el 15 de enero de 2017, aparecieron en su bandeja de entrada anuncios de este mismo tipo.

19. Los mensajes publicitarios a que se refiere el litigio principal se insertan en las bandejas de entrada de los usuarios del servicio de correo electrónico de forma aleatoria. Al abrir un sitio de Internet correspondiente a una cuenta de correo electrónico, se envía una solicitud (*AdRequest*) al servidor de anuncios, el cual envía a continuación los parámetros correspondientes al navegador de Internet del usuario, para que en la bandeja de entrada de esta cuenta aparezca un anuncio publicitario seleccionado de forma aleatoria. Si este usuario hace clic en la publicidad insertada, la acción se transmite al servidor de anuncios, que lo registra y redirige el navegador a la página del anunciante.

20. El Landgericht Nürnberg-Fürth (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Núremberg-Fürth, Alemania), ante el que StWL presentó una demanda al considerar que el método publicitario descrito era contrario al Derecho de la competencia por suponer una incomodidad indebida e inducir a error, condenó a eprimo, en el ámbito mercantil y a efectos de la competencia, a dejar de hacer publicidad a través del servicio de correo electrónico T-Online referida a la distribución de electricidad a consumidores finales.

21. El Oberlandesgericht Nürnberg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Núremberg, Alemania) estimó el recurso de apelación interpuesto por eprimo, al considerar que la objetada inserción de la publicidad en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico no constituye una práctica comercial ilícita con arreglo a las normas del Derecho de la competencia.

22. El Oberlandesgericht Nürnberg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Núremberg) declaró, por un lado, que la publicidad en cuestión no constituía una incomodidad indebida que implicase la utilización del correo electrónico en el sentido del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la Ley contra la Competencia Desleal, pues no cabía considerar que esta publicidad fuera un correo electrónico en el sentido de dicha disposición. En cualquier caso, esta publicidad no entrañaba, para el usuario del servicio de correo electrónico, molestias o costes que fueran más allá de la incomodidad «normal» que ocasiona cualquier publicidad ni, por tanto, de la incomodidad indebida en el sentido de la disposición general del artículo 7, apartado 1, primera frase, de la Ley contra la Competencia Desleal, en particular a la vista del carácter gratuito del servicio de correo electrónico.

23. Por otro lado, este órgano jurisdiccional llegó a la conclusión de que la publicidad en cuestión no era ilícita en virtud de la aplicación del artículo 7, apartado 2, punto 4, letra a), de la Ley contra la Competencia Desleal, pues no se trata de una publicidad en forma de mensajes. El artículo 7, apartado 2, punto 1, de la Ley contra la Competencia Desleal tampoco es aplicable, en su opinión, pues presupone una «proposición», en el sentido de un comportamiento que importuna a un consumidor, algo que no tiene lugar en el presente asunto. Por último, estimó que los anuncios en cuestión no pueden ser considerados desleales por resultar engañosos en el sentido del artículo 5a, apartado 6, de la Ley contra la Competencia Desleal, pues no disimulaban su carácter publicitario.

24. En el contexto del recurso de casación interpuesto por StWL, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), considera que su respuesta a la cuestión de si existe un derecho a la cesación de la práctica de que se trata depende de la interpretación del artículo 2, párrafo segundo, letras d) y h), y del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, así como del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29 y de los conceptos de «correo electrónico», «utilización» y «proposición».

25. En efecto, según el tribunal remitente, el comportamiento censurado a eprimo podría ser ilícito en virtud de la aplicación del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la Ley contra la Competencia Desleal, que transpone el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Señala que cabe igualmente la posibilidad de que la publicidad sea ilícita con arreglo al artículo 7, apartado 2, punto 1, de la Ley contra la Competencia Desleal, que transpone el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

26. En un primer momento, en lo tocante al ámbito relativo a la aplicación del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la Ley contra la Competencia Desleal, que transpone el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, el tribunal remitente quiere que el Tribunal de Justicia le proporcione aclaraciones sobre los conceptos de «correo electrónico» y de su «utilización» con fines de venta directa.

27. Para determinar si la publicidad en cuestión queda comprendida en el concepto de «correo electrónico», este órgano jurisdiccional señala, antes de nada, que el mensaje transmitido en tiempo real por el operador del servidor de anuncios a la bandeja de entrada de la cuenta de correo electrónico a raíz de la apertura de este sitio de Internet, efectuada por el usuario al conectarse, e insertado en dicho sitio, en donde podía ser leído por tal usuario, constituye una «comunicación» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra d), de la Directiva 2002/58. A continuación, señala que es preciso comprobar si un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal puede ser calificado de «correo electrónico» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de esta Directiva.

28. A tal respecto, se pregunta sobre el criterio del envío del mensaje mencionado en esta disposición. Según señala, la publicidad en la bandeja de entrada no es transmitida por el usuario de un servicio de correo electrónico a otro usuario, sino que, a raíz del inicio de sesión de la cuenta de correo electrónico, los servidores de anuncios la insertan en determinados espacios de la bandeja de entrada previstos a tal efecto de un usuario seleccionado de forma aleatoria. Si se aplican los criterios de un correo electrónico tradicional, a juicio del tribunal remitente puede que no tenga lugar, por tanto, el «envío» del mensaje, de suerte que la publicidad que aparece en esta bandeja de entrada no podría calificarse de «correo electrónico». Sin embargo, el tribunal remitente se pregunta si el objetivo de protección de la intimidad del usuario formulado en el considerando 40 y perseguido por el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 no puede militar a favor de un enfoque funcional y no técnico de la definición de «envío». Este objetivo podría justificar que se interpretase el concepto de «envío» no basado en las formas tradicionales de comunicación electrónica, esto es, en el sentido de remisión por parte de un usuario concreto a otro previamente predeterminado, sino de manera funcional, en el sentido de difusión.

29. Por otro lado, el tribunal remitente se pregunta sobre la definición del concepto de «acceso» recogido en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. Este órgano jurisdiccional explica que de dicha disposición, interpretada en relación con el considerando 27

de esta misma Directiva,[11] se desprende que el acceso al mensaje supone un comportamiento consciente del destinatario que, al abrir su cuenta de correo electrónico, manifiesta su voluntad de que sus correos electrónicos, almacenados en el servidor del servicio de correo electrónico, sean mostrados y le sean transmitidos, mientras que, por lo que respecta a la publicidad en cuestión, que se almacena en un servidor de anuncios controlado por la empresa que los difunde, el usuario debe únicamente abrir el servicio de correo electrónico para que el anuncio publicitario aparezca en tiempo real, sin que el internauta se dé cuenta de este proceso ni pueda pronunciarse, mediante una decisión que exprese su voluntad, a favor o en contra de tal inserción. En suma, el acceso previsto en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58 supone, en su opinión, una operación del usuario para la transmisión de un mensaje, generalmente a partir del servidor del proveedor de servicios. No obstante, este órgano jurisdiccional considera que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 obliga a proteger al usuario contra comunicaciones publicitarias no solicitadas y, por consiguiente, considerar que el inicio de sesión de la cuenta de correo electrónico en Internet basta para suponer un acto final de acceso.

30. Además, el tribunal remitente señala que, antes de su inserción en la bandeja de entrada, que se activa mediante la conexión, la publicidad en cuestión estaba almacenada en un servidor de anuncios y, por tanto, en la red. A su juicio, del considerando 27 de la Directiva 2002/58 no cabe deducir que un correo electrónico solo haga referencia a mensajes que estén almacenados en el servidor del propio proveedor de servicios.

31. El tribunal remitente se pregunta además si existe «correo electrónico» en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 cuando el mensaje no se transmite a un destinatario concreto identificado antes de la transmisión, sino elegido de forma aleatoria como en el presente asunto. El tribunal remitente señala a este respecto que la publicidad en cuestión fue realizada de forma aleatoria entre los clientes del servicio de correo electrónico gratuito, sin que fuera posible realizar una comunicación previa relativa al acuerdo del cliente. Dicho esto, considera que no cabe deducir de la exigencia de un consentimiento previo, prevista en esta disposición, que todas las formas de venta directa mediante redes de comunicación están autorizadas siempre que el consentimiento de los usuarios del servicio de correo electrónico no pueda recabarse antes de la inserción de la publicidad, debido a los procedimientos técnicos utilizados por el anunciante.

32. Asimismo, el tribunal remitente considera que debe definirse el concepto de «utilización» del correo electrónico, en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, y se pregunta si, para quedar comprendido en este concepto, la «molestia»[12] impuesta al usuario debe ir más allá de una incomodidad. A este respecto, hace constar que, dado que la publicidad en cuestión tiene la apariencia de un correo electrónico y, por tanto, es más visible que una publicidad ubicada fuera de la bandeja de entrada, el grado de incomodidad será superior al de la publicidad insertada al margen del espacio destinado a la bandeja de entrada, y que, en estas circunstancias, puede no estar cumpliéndose el objetivo de protección de la intimidad.

33. En un segundo momento, en lo tocante al ámbito referido a la aplicación del artículo 7, apartado 2, punto 1, de la Ley contra la Competencia Desleal, que transpone el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, el tribunal remitente sostiene que deben precisarse los requisitos de la

11 A tenor de este considerando, «el momento exacto en que finaliza la transmisión de una comunicación, tras el cual los datos de tráfico deberán eliminarse salvo a efectos de facturación, puede depender del tipo de servicio de comunicaciones electrónicas que se suministre. Por ejemplo, […] para el correo electrónico la transmisión finaliza en cuanto el destinatario recoge el mensaje, en general del servidor de su proveedor de servicios».

12 Véase el considerando 40 de la Directiva 2002/58.

«proposición», en el sentido de esta disposición. Según este órgano jurisdiccional, no existe proposición cuando la comunicación se dirige al público en general. Supone, por el contrario, una publicidad dirigida de manera específica a un cliente individual. A este respecto, este órgano jurisdiccional se pregunta si la exigencia de que la publicidad se dirija específicamente a un individuo, necesaria para considerarla proposición, solo se cumple si el contacto con un cliente se entabla a través de un medio tradicional de comunicación entre un remitente y un receptor, como el teléfono, el fax o el correo electrónico, o si es suficiente que —como en el litigio principal— la relación con un usuario concreto se establezca a través de la inserción de la publicidad en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico, es decir, en una sección en la que el cliente espera encontrar mensajes dirigidos a su persona a título individual.

34. Según el tribunal remitente, en la medida en que la publicidad insertada en esta bandeja de entrada causa al usuario más incomodidad que la provocada por los anuncios publicitarios tradicionales —que, al insertarse en las secciones de un sitio Internet previstas normalmente a tal efecto, no revisten el mismo carácter individual—, puede verse igualmente afectado el objetivo de protección perseguido por el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

35. Por otro lado, el tribunal remitente considera que concurren los demás requisitos de la práctica prohibida por esta disposición. A este respecto, señala que al usuario del servicio de correo electrónico se le ha formulado una proposición un total de tres veces, es decir, en varias ocasiones y, por tanto, de forma repetida, mediante la publicidad insertada en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico. Tal publicidad no era deseada, en la medida en que este usuario había indicado expresamente a eprimo su deseo de no recibir mensajes publicitarios como los controvertidos en el asunto principal.

36. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Existe un “envío” en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva [2002/58] cuando una comunicación no es remitida por un usuario de un servicio de comunicación electrónica a otro usuario a través de una empresa de prestación de servicios a la “dirección” electrónica del segundo usuario, sino que, a raíz de la apertura del sitio de Internet de una cuenta de correo electrónico protegida con contraseña, dicha comunicación es mostrada de forma automatizada por un servidor de anuncios (*Ad Server*) en un espacio previsto al efecto en la bandeja de entrada de un usuario seleccionado de forma aleatoria (publicidad en la bandeja de entrada)?

2) ¿Exige el acceso a una comunicación en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva [2002/58] que el destinatario, tras tener conocimiento de la existencia de una comunicación, active, mediante una petición voluntaria de acceso, una transmisión técnicamente preprogramada de los datos de la comunicación, o basta con que la aparición de una comunicación en la bandeja de entrada de una cuenta de correo electrónico se produzca mediante la apertura por parte del usuario del sitio de Internet de su cuenta de correo electrónico protegida por una contraseña?

3) ¿Existe también un correo electrónico en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva [2002/58] cuando la comunicación no se envía a un destinatario concreto identificado antes de la transmisión, sino que aparece insertada en la bandeja de entrada de un usuario elegido de forma aleatoria?

4) ¿Existe una utilización de un correo electrónico con fines de venta directa en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva [2002/58] únicamente cuando se constata una molestia para el usuario que vaya más allá de una incomodidad?

5) ¿Existe una publicidad individual que cumpla los requisitos de una "proposición" en el sentido del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva [2005/29] únicamente cuando se contacta con el cliente a través de un medio destinado tradicionalmente a la comunicación individual entre un remitente y un destinatario, o basta con que, como ocurre con la publicidad que tiene lugar en el presente asunto, se establezca un vínculo individual mediante la inserción de publicidad en la bandeja de entrada de una cuenta de correo electrónico privada, y por ende, en un lugar en el que el cliente espera encontrar las comunicaciones dirigidas a su persona de forma individualizada?»

37. Han presentado observaciones escritas Interactive Media, eprimo, el Gobierno portugués y la Comisión Europea. StWL, Interactive Media, eprimo y la Comisión han contestado dentro del plazo señalado a las preguntas para ser respondidas por escrito formuladas por el Tribunal de Justicia.

IV. Análisis

38. En la presente petición de decisión prejudicial se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la cuestión de si, y en su caso, con sujeción a qué condiciones puede considerarse compatible con las disposiciones pertinentes de las Directivas 2002/58 y 2005/29 una práctica en virtud de la cual se insertan mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico que se proporciona gratuitamente a este usuario y que se financia mediante la publicidad pagada por los anunciantes.

39. Como se desprende del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, la prohibición de «realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual», se aplica sin perjuicio de las normas establecidas, en particular, en la Directiva 2002/58. Tal como el tribunal remitente solicita del Tribunal de Justicia, examinaré, pues, de forma sucesiva las cuestiones relativas a la interpretación, por un lado, de la Directiva 2002/58 y, por otro, de la Directiva 2005/29.

A. Sobre la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2002/58

40. Mediante sus *cuestiones prejudiciales primera y segunda*, el tribunal remitente solicita en esencia al Tribunal de Justicia que declare si los criterios que permiten definir un «correo electrónico» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58 se cumplen en el supuesto de un mensaje publicitario que se inserta en la bandeja de entrada de la cuenta del usuario de un servicio de correo electrónico. Más concretamente, pregunta si puede considerarse que se ha «enviado» un mensaje, en el sentido de esta disposición, cuando este no es remitido por tal usuario a otro usuario a través de un proveedor de servicios a la dirección de correo electrónico del segundo, sino que, a raíz de la apertura de un sitio de Internet de una cuenta de correo electrónico protegida por una contraseña, esa comunicación es mostrada de forma automatizada en la bandeja de entrada de un usuario seleccionado de forma aleatoria. El tribunal remitente pregunta asimismo si es necesario, para que se considere que se ha «accedido»

a un mensaje en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58, que el destinatario active voluntariamente la transmisión de datos del mensaje en cuestión o bien si basta con que dicho mensaje aparezca en la bandeja de entrada a raíz de la apertura del sitio de Internet de la cuenta de correo electrónico protegida por una contraseña.

41. Mediante sus *cuestiones prejudiciales tercera y cuarta*, el tribunal remitente solicita que se interprete el concepto de «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Más concretamente, pretende saber, mediante su tercera cuestión prejudicial, si existe un «correo electrónico» en el sentido de esta disposición cuando la comunicación no se envía a un destinatario concreto identificado antes de la transmisión, sino que aparece insertada en la bandeja de entrada de un usuario elegido de forma aleatoria. Además, el tribunal remitente pregunta si existe una «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 únicamente cuando se constata una molestia para el usuario que vaya más allá de una incomodidad.

42. En virtud del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58, el correo electrónico se define como «todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen». Este elemento de la definición no suscita controversia en el marco del presente litigio y lo cumple indudablemente un mensaje publicitario como el que se produce en el asunto principal.

43. Una vez hecha esta precisión, deben cumplirse otros tres criterios para que un mensaje pueda calificarse de «correo electrónico» en el sentido de esta disposición. En primer lugar, el mensaje debe ser «enviado a través de una red de comunicaciones pública». En segundo lugar, este mensaje debe poder «almacenarse en la red del equipo terminal del receptor». En tercer lugar, su destinatario ha de poder acceder a dicho mensaje.

44. Se contraponen aquí dos teorías sobre si un mensaje publicitario como el controvertido en el asunto principal cumple estos tres criterios, ya sea en su totalidad o solamente en parte.

45. Según la tesis opuesta a la calificación de «correo electrónico», que es propugnada por eprimo e Interactive Media, un mensaje publicitario que se inserta de forma aleatoria en la bandeja de entrada de una cuenta de correo electrónico no puede considerarse enviado, almacenado ni tampoco puede considerarse que se ha accedido al mismo, de conformidad con cuanto requiere el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. Las alegaciones formuladas en apoyo de esta tesis se basan en la idea de que tal mensaje no reúne las características propias de un correo electrónico tradicional. En primer lugar, no es objeto de un envío por un usuario a otro usuario, sino que es insertado de forma provisional y automatizada en la bandeja de entrada de usuarios seleccionados de forma aleatoria. En segundo lugar, un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal no se almacena en la red ni en el equipo terminal del destinatario. En tercer lugar, el destinatario no accede a este mensaje, pues ello supondría un comportamiento consciente del destinatario dirigido a tener conocimiento de un mensaje específico seleccionándolo.

46. La tesis favorable a la calificación como «correo electrónico» de un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal, que sostienen el tribunal remitente y, en parte, el Gobierno portugués, se fundamenta en la necesidad de adoptar una interpretación funcional del concepto de «correo electrónico» para alcanzar el objetivo de protección de la intimidad de los usuarios de servicios de correo electrónico. Tal interpretación tiene como consecuencia que deban apreciarse de forma flexible los diferentes criterios de este concepto. Así, un mensaje publicitario que se

difunde e inserta en la bandeja de entrada de la cuenta del usuario de un servicio de correo electrónico debe considerarse, con independencia de la tecnología utilizada, como «enviado a través de una red de comunicaciones pública» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. En su opinión, es suficiente con que este mensaje se almacene en un servidor de anuncios y no en el equipo terminal del destinatario, pues puede considerarse que se trata de un almacenamiento «en la red» en el sentido de esta misma disposición. Además, debe considerarse que, tal como exige dicha disposición, se ha accedido a un mensaje como este, que se inserta al abrir el sitio de Internet de la cuenta de correo electrónico. Sobre este último aspecto, el argumento desarrollado por el Gobierno portugués es más matizado, pues considera que el destinatario no puede acceder a un mensaje publicitario insertado en la bandeja de entrada de tal cuenta. No obstante, en la medida en que el referido mensaje siga almacenado en la red, ello bastaría para calificarlo de «correo electrónico» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58.

47. A la vista de estas alegaciones, a menudo de carácter técnico, formuladas en apoyo de cada una de estas dos tesis, me decanto por los argumentos desarrollados por el tribunal remitente en el sentido de una interpretación funcional del concepto de «correo electrónico» que pueda conducir a considerar que un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal cumple los criterios establecidos en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58.

48. En cualquier caso, considero que este concepto no debe interpretarse de forma aislada, sino teniendo en cuenta la disposición en la que se utiliza, esto es, en este caso, el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. En esta medida, convengo con StWL y la Comisión en sostener que el concepto pertinente que ha de interpretarse en el contexto del presente asunto es el de «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa», en el sentido de esta disposición. Centraré, pues, mi análisis en la interpretación de dicha disposición, teniendo en cuenta su tenor, su objetivo y la necesidad de garantizar su efecto útil.

49. Ha de observarse, a este respecto, que el artículo 13 de la Directiva 2002/58 se titula «Comunicaciones no solicitadas». Si se toma como referencia la definición del concepto de «comunicación» recogida en el artículo 2, párrafo segundo, letra d), de esta Directiva, el artículo 13 de la citada Directiva habrá de aplicarse a «cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público».

50. Si una comunicación queda comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, estará autorizada siempre que se haya obtenido el consentimiento previo de su destinatario. Del artículo 2, párrafo segundo, letra f), de la Directiva 2002/58, en relación con el artículo 94, apartado 2, del Reglamento 2016/679, se desprende que este consentimiento debe cumplir los requisitos resultantes del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 o bien del artículo 4, punto 11, de dicho Reglamento, en función de que sea una u otra de estas dos normas la aplicable *ratione temporis* a los hechos a que se refiere el asunto principal. Por lo que respecta a una acción de cesación de una práctica comercial ilícita, no puede excluirse que, en el supuesto de que el procedimiento iniciado por StWL persiguiera el cese del comportamiento de eprimo para el futuro, el Reglamento 2016/679 resulte aplicable *ratione temporis* al litigio principal, pese a que los hechos que han dado origen al mismo sean anteriores al 25 de mayo de 2018, fecha en la que el referido Reglamento devino aplicable, pues la Directiva

95/46 fue derogada con efectos a partir de esta misma fecha. [13] De ello se sigue que debe estarse en presencia, cuando menos, de una manifestación de voluntad libre, específica e informada. [14]

51. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 precisa a qué tipos de comunicaciones se aplica el requisito del consentimiento previo de sus destinatarios. Se trata, por un lado, de las comunicaciones que tienen como finalidad la venta directa, esto es, comunicaciones con fines comerciales que se dirigen directa e individualmente a los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas. Por otro lado, estas comunicaciones deben llegar a estos últimos mediante «la utilización de sistemas de llamada automática y comunicación sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico».

52. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 no ha de aplicarse, pues, de forma general a las ventanas publicitarias que puedan aparecer al consultar páginas de Internet. Esta disposición versa únicamente sobre las comunicaciones que tienen por objeto la venta directa y que llegan directa e individualmente a sus destinatarios recurriendo a determinados canales de comunicación electrónica, tales como el correo electrónico. [15]

53. La redacción actual del artículo 13 de la Directiva 2002/58 es la resultante de la Directiva 2009/136, cuyo considerando 67 establece que «las garantías ofrecidas a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa mediante correo electrónico *deben ser aplicables también a los SMS, MMS y otros tipos de aplicaciones similares*». [16] El legislador de la Unión quería, por lo tanto, formular una concepción amplia de los medios de comunicación electrónica mediante los que se efectúan acciones de venta directa, que van más allá de los meros correos electrónicos. Esta concepción amplia también se expresa en el considerando 40 de la Directiva 2002/58, que subraya la necesidad de ofrecer «garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, *especialmente* a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los de SMS», [17] lo cual da a entender, además del hecho de que los correos electrónicos no se limitan a los meros mensajes, que la lista de medios de comunicación citados es de carácter no exhaustivo. La voluntad del legislador de la Unión de cubrir un amplio espectro de comunicaciones efectuadas con fines de venta directa resulta igualmente respaldada por el considerando 4 de la Directiva 2002/58, en el que se afirma el objetivo de garantizar «el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público sea el mismo,

[13] Véase, a este respecto, la sentencia de 1 de octubre de 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801), apartados 38 a 43, así como las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246), puntos 44 a 49. Véase, asimismo, la sentencia de 11 de noviembre de 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), apartados 28 a 32.

[14] Como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de noviembre de 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), «el tenor del artículo 4, punto 11, [del Reglamento 2016/679], que define el "consentimiento del interesado" a los efectos [de este Reglamento] […], resulta todavía más estricto que el del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46, puesto que requiere una manifestación de voluntad "libre, específica, informada e inequívoca" del interesado, que adopte la forma de una declaración o de "una clara acción afirmativa" que marque su aceptación del tratamiento de datos personales que le conciernen. Así pues, [el referido] Reglamento […] prevé ahora expresamente un consentimiento activo» (apartado 36 y jurisprudencia citada).

[15] A este respecto, resulta irrelevante que, como se desprende de la sentencia de 13 de junio de 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), un servicio de correo electrónico en Internet no constituya, en sí, un «servicio de comunicaciones electrónicas» en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2002/21, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37), en la medida en que no consiste en su totalidad o principalmente en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.

[16] El subrayado es mío.

[17] El subrayado es mío.

con independencia de las tecnologías utilizadas».[18] Este objetivo impele a adoptar una concepción dinámica y neutra desde el punto de vista tecnológico de los conceptos recogidos en la Directiva 2002/58.

54. Cualquiera que sea el alcance de los medios de comunicación utilizados con fines de venta directa que han de quedar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, me parece determinante, en la situación de que se trata en el asunto principal, que los mensajes publicitarios en cuestión llegan a sus destinatarios, precisamente, *al utilizar* el correo electrónico. Al igual que la Comisión, he de señalar que estos mensajes aparecen en la bandeja de entrada de la cuenta del usuario de un servicio de correo electrónico, es decir, en una ubicación que está normalmente reservada a los correos electrónicos *stricto sensu* que constituyen los correos privados. El remitente de dicho mensaje se sirve, pues, del correo electrónico para llegar al consumidor, de modo que se trata indudablemente de comunicaciones con fines de venta directa «por medio del correo electrónico», de conformidad con lo establecido en el considerando 67 de la Directiva 2009/136, a cuya luz ha de interpretarse el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. A mi juicio, la inserción de mensajes como los que son objeto del asunto principal en la lista de correos electrónicos privados debe calificarse, pues, de *utilización* del correo electrónico con fines de venta directa, que queda comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

55. Debido a su ubicación en la bandeja de entrada de la cuenta del usuario de un servicio de correo electrónico, la práctica publicitaria en cuestión permite llegar directa e individualmente a ese usuario en el ámbito privado que constituye tal bandeja de entrada, cuyo acceso está protegido por una contraseña y con una eficacia que me parece comparable a la de los correos electrónicos no solicitados (*spam*). La elección de la ubicación de la publicidad litigiosa en la bandeja de entrada no se ha hecho por azar y constituye una importante diferencia, a efectos de la aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, con la publicidad que aparece en el margen y de forma separada de la lista de correos privados. En efecto, al aparecer al mismo nivel que los correos privados, la referida publicidad goza de la misma atención que la que el usuario presta a estos últimos. Como señala acertadamente la Comisión, en tal supuesto, los operadores económicos que compiten por la difusión de esta publicidad utilizan la bandeja de entrada de los correos electrónicos privados, así como el interés y la confianza que los usuarios de un servicio de correo electrónico tienen en esta bandeja de entrada, dando a sus mensajes publicitarios un aspecto que, pese a ciertas diferencias mínimas, se parece a la de los correos electrónicos privados. Por otro lado, en la medida en que los mensajes publicitarios ocupan líneas en la bandeja de entrada que están normalmente reservadas a los correos electrónicos privados y debido a su parecido con estos últimos, existe un riesgo de confusión entre estas dos categorías de mensajes que puede conducir al usuario a que haga clic en la línea correspondiente al mensaje publicitario y a ser redirigido contra su voluntad al sitio de Internet que muestra la publicidad en cuestión, en lugar de seguir consultando sus correos electrónicos privados.

56. Al igual que la Comisión, considero que la constatación de que, a diferencia de lo que ocurre con los correos electrónicos privados, el mensaje publicitario aparezca sobre fondo gris, no ocupe espacio de almacenamiento y no ofrezca las funcionalidades habituales de los correos electrónicos no impide reconocer la existencia de una intrusión en la intimidad de los usuarios de un servicio de correo electrónico. Dado que, al aparecer en la misma lista que los correos electrónicos privados, los mensajes publicitarios que son objeto del asunto principal requieren la misma atención y la misma acción para su eliminación que los correos electrónicos no solicitados

[18] El subrayado es mío.

(*spam*), la intensidad de la molestia me parece similar. Además, dado que estos mensajes no disponen de las mismas funcionalidades que los correos electrónicos, ello genera un elemento de molestia adicional respecto a los correos electrónicos no solicitados (*spam*), toda vez que el tratamiento específico que requieren puede entrañar errores al eliminarlos o clics accidentales en la publicidad.

57. En suma, me parece que en el presente asunto la intrusión en la intimidad se caracteriza por la utilización de un medio de comunicación, en el caso de autos el correo electrónico, que está normalmente reservado al envío y a la recepción de correspondencia privada. A diferencia de los anuncios publicitarios que aparecen en el margen y de forma separada de la lista de correos electrónicos privados, la presencia de los mensajes publicitarios en cuestión en el asunto principal en la bandeja de entrada de los correos electrónicos privados —que el usuario considera como un espacio comprendido en su esfera privada— incomoda el acceso a estos últimos en un grado y de una forma muy similares a los que tienen lugar con los correos electrónicos no solicitados (*spam*). De ello se sigue, desde mi punto de vista, que se menoscaba de esa forma el objetivo de protección de los usuarios contra toda intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa que persigue el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, interpretado a la luz del considerando 40 de esta última y del considerando 67 de la Directiva 2009/136. La intrusión en la intimidad mediante la utilización de la bandeja de entrada del correo electrónico ha quedado, pues, demostrada y, a mi juicio, basta para que la técnica de venta directa en cuestión en el asunto principal deba someterse a la exigencia de un consentimiento previo del usuario del servicio de correo electrónico.

58. En mi opinión, se menoscabaría el efecto útil del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 si se admitiera que mensajes publicitarios como los que son objeto del asunto principal pudieran aparecer en la bandeja de entrada de la cuenta del usuario de un servicio de correo electrónico sin que este hubiera dado previamente su consentimiento para recibir, de esa forma y en esa ubicación, tales mensajes.

59. El objetivo perseguido por el legislador de la Unión, que consiste en proteger al usuario contra una saturación permanente de sus bandejas de entrada o de sus líneas telefónicas particulares con mensajes o llamadas comerciales no solicitados, obliga, pues, a garantizar el efecto útil de esta disposición. Ello implica que debe ser interpretada en el sentido de que se refiere a mensajes publicitarios que, debido a su parecido con un correo electrónico privado y su ubicación en la lista de correos electrónicos privados, vulneran la intimidad de los usuarios de servicios de correo electrónico. Deberá adoptarse una interpretación en tal sentido para evitar que la exigencia del consentimiento previo impuesta en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 pueda eludirse puesto que un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal constituye innegablemente, en mi opinión, un acto de venta directa mediante correo electrónico que utiliza para su difusión la bandeja de entrada normalmente destinada únicamente a los correos electrónicos privados, al producir los mismos efectos y la misma molestia que un correo publicitario no solicitado (*spam*), lo cual constituye uno de los objetivos principales de esta disposición.

60. Por otro lado, a la vista del objetivo de neutralidad tecnológica que también persigue el legislador de la Unión, es importante, como ya he indicado, formular una interpretación amplia del ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 con el fin de poder englobar las nuevas técnicas de venta directa.

61. Ha de añadirse, en respuesta a la tercera cuestión prejudicial formulada por el tribunal remitente, que, a mi juicio, la circunstancia de que un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal se inserte en la bandeja de entrada de un usuario seleccionado de forma aleatoria no impide, en modo alguno, declarar que existe una «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. En efecto, considero, al igual que el Gobierno portugués, que la selección aleatoria o predefinida del destinatario no constituye un requisito de la aplicación de esta disposición. Dicho con otras palabras, carece de relevancia que la publicidad en cuestión esté dirigida a un destinatario predeterminado e identificado de forma individual o que se trate de una difusión masiva y aleatoria entre múltiples destinatarios. Lo relevante es que exista una comunicación con fines comerciales que llega directa e individualmente a uno o varios usuarios de servicios de correo electrónico al insertarse en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.

62. Asimismo, conviene precisar, respecto a la cuarta cuestión prejudicial formulada por el tribunal remitente, que no es necesario, para calificar una acción publicitaria como la que es objeto del asunto principal de «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa», en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, comprobar que la molestia para el usuario va más allá de una incomodidad. En efecto, como se desprende del considerando 40 de esta Directiva, la exigencia del consentimiento previo establecida en esta disposición se explica sobre todo por el hecho de que las comunicaciones no solicitadas efectuadas con fines de venta directa pueden «conllevar una molestia e incluso un coste para el receptor». Dado que estas comunicaciones quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, ha de presumirse que conllevan una molestia para su receptor, sin que sea necesario determinar si tal molestia va más allá de una incomodidad.

63. De las observaciones que preceden resulta que un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal queda comprendido, en mi opinión, en el ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Por consiguiente, un acto de venta directa de este tipo no estará autorizado si el destinatario no ha dado su consentimiento previo al mismo.

64. Como ya he indicado anteriormente, deberá tratarse, como mínimo, de un consentimiento libre, específico e informado. [19]

65. A este respecto, corresponde al tribunal remitente comprobar si, en el procedimiento de registro de la dirección gratuita de correo electrónico o en otro momento, el usuario ha sido informado de las modalidades exactas conforme a las cuales la publicidad se difunde al abrir el sitio de Internet correspondiente a la cuenta de este correo. En particular, ha de garantizarse que este usuario ha sido informado de forma clara y precisa de que se insertan anuncios publicitarios no solamente en el margen y de forma separada de la lista de correos electrónicos privados, sino también dentro de la propia lista. Esta información debe permitir al referido usuario determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento que pueda dar y garantizar que dicho consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa. [20] Sobre esta base, es importante comprobar que este mismo usuario ha dado su consentimiento de forma específica al

[19] Véase el punto 50 de las presentes conclusiones.

[20] Véase, en particular, la sentencia de 11 de noviembre de 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), apartado 40 y jurisprudencia citada.

procedimiento publicitario en cuestión en el asunto principal, es decir, que debe haber consentido expresamente en recibir mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico. [21]

66. Ciertamente, el modelo económico de funcionamiento de muchos proveedores de servicios de correo electrónico en Internet se basa a menudo en la publicidad. A este respecto, el usuario de estos servicios acepta que la gratuidad del servicio se compense de algún modo mediante la inserción de anuncios. Sin embargo, ello no afecta en modo alguno a la exigencia de que tal aceptación de la publicidad, cuando esta aparece dentro de la propia bandeja de entrada de la cuenta de correo electrónico, deba traducirse, en virtud del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, en un consentimiento del usuario de tal cuenta.

67. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda al tribunal remitente que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 debe interpretarse en el sentido de que constituye una «utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido de esta disposición, la inserción, en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichos mensajes tenga incidencia a este respecto ni resulte necesario comprobar que la molestia para el usuario va más allá de una incomodidad. Corresponderá al tribunal remitente comprobar si el referido usuario ha dado su consentimiento previo, que como mínimo ha de ser libre, específico e informado, a la inserción de tales mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.

B. Sobre la interpretación del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29

68. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico constituye proposiciones no solicitadas y persistentes por correo electrónico.

69. El artículo 5 de la Directiva 2005/29 establece, en su apartado 2, los criterios que permiten determinar si una práctica comercial tiene carácter desleal y señala, en su apartado 4, que, en particular, serán desleales las prácticas comerciales que sean «engañosas», en el sentido de los artículos 6 y 7 de esta Directiva, y las que sean «agresivas», en el sentido de los artículos 8 y 9 de aquella. Por otra parte, el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2005/29 dispone que en el anexo I de esta «figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia». A este respecto, el considerando 17 de la Directiva 2005/29 precisa que, para incrementar la seguridad jurídica, exclusivamente las prácticas enumeradas en su anexo I se considerarán desleales en cualquier circunstancia, sin necesidad de examinar si se dan en cada caso los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de dicha Directiva. [22] Al constituir el anexo I de la Directiva 2005/29 una lista completa y exhaustiva, la práctica comercial

[21] Como ha indicado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de noviembre de 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), «el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 y el artículo 4, punto 11, del Reglamento 2016/679 exigen una manifestación de voluntad "específica", en el sentido de que debe tener concretamente por objeto el tratamiento de datos de que se trate y no puede deducirse de una manifestación de voluntad que tenga un objeto distinto» (apartado 38 y jurisprudencia citada).

[22] Véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Wind Tre y Vodafone Italia (C-54/17 y C-55/17, EU:C:2018:710), apartado 40 y jurisprudencia citada.

controvertida en el litigio principal únicamente puede calificarse de práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia, en el sentido de la referida Directiva, a condición de que corresponda a una de las situaciones enumeradas en los puntos 24 a 31 del citado anexo. [23]

70. Entre las «prácticas comerciales agresivas» mencionadas en este anexo I figura en el punto 26 el hecho de «realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual».

71. Como ya se ha indicado, un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal llega directa e individualmente al usuario de un servicio de correo electrónico, en la medida en que se inserta en la bandeja de entrada de la cuenta de este usuario quedando incluido entre sus correos privados. Desde el punto de vista de ese usuario, dicho mensaje publicitario reviste el aspecto de un correo electrónico que se le ha enviado individualmente. Como indica la Comisión, el efecto de ese mensaje es, pues, similar al de una venta directa individualizada, con independencia de que el anunciante, en el momento de la preparación técnica del mensaje en cuestión, haya individualizado o no el destinatario específico y con independencia de que este mensaje se haya tratado o no de un modo diferente con respecto a los correos electrónicos en lo referente al espacio de almacenamiento y las funcionalidades.

72. Considero, por consiguiente, que un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal, que reviste las características de una acción de venta directa y que se difunde con tal finalidad, constituye una «proposición» a los usuarios de servicios de correo electrónico, en la medida en que dicho mensaje se dirige directa e individualmente a ellos en un espacio reservado a sus correos electrónicos privados.

73. En lo tocante a las características que deben revestir las «proposiciones» para quedar comprendidas en el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, a saber, que deben ser «persistentes y no solicitadas», considero que corresponde al tribunal remitente comprobar si concurren tales características en el litigio principal. A efectos de esta comprobación, ha de precisarse que la inserción de un mensaje publicitario como el que es objeto del asunto principal debería, a la luz de la definición que da el artículo 8 de la Directiva 2005/29 de lo que constituye una práctica comercial agresiva, ser suficientemente frecuente y regular para poder ser calificado de «proposiciones persistentes», lo cual no me parece que sea el caso cuando se trata de un mensaje que ha aparecido en tres ocasiones únicamente. En cambio, sí se estaría en presencia, en mi opinión, de proposiciones «no solicitadas» si se demostrase que el usuario del servicio de correo electrónico no ha dado su consentimiento previo a la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico. De igual modo, ha de tenerse en cuenta el hecho de que este usuario remitió un requerimiento a eprimo el 20 de diciembre de 2016 en relación con un anuncio de 12 de diciembre de 2016, y, de ese modo, expresó a la referida sociedad su deseo de no recibir este tipo de publicidad.

74. A la vista del conjunto de estos elementos, procede responder, en mi opinión, a la quinta cuestión prejudicial que el concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes por […] correo electrónico» en el sentido del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, debe interpretarse en el sentido de que puede cubrir comportamientos como los que son objeto del asunto principal, consistentes en la inserción, en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos

[23] Véase la sentencia de 12 de junio de 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480), apartado 25.

y en la misma ubicación que estos. No obstante, corresponderá al tribunal remitente comprobar, por un lado, si la inserción de estos mensajes publicitarios ha tenido la frecuencia y regularidad suficientes para poder ser calificada de proposiciones «persistentes» y, por otro, si la inserción de dichos mensajes puede ser calificada de proposiciones «no solicitadas», teniendo en cuenta la existencia o no de un consentimiento dado por el referido usuario con anterioridad a tal inserción, así como la oposición a tal procedimiento publicitario expresada por aquel.

V. Conclusión

75. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) del modo siguiente:

«1) El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que constituye una "utilización de […] correo electrónico con fines de venta directa" en el sentido de esta disposición, la inserción, en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichos mensajes tenga incidencia a este respecto ni resulte necesario comprobar que la molestia para el usuario va más allá de una incomodidad. Corresponderá al tribunal remitente comprobar si el referido usuario ha dado su consentimiento, que como mínimo ha de ser libre, específico e informado, a la inserción de tales mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.

2) El concepto de "proposiciones no solicitadas y persistentes por […] correo electrónico" en el sentido del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ("Directiva sobre las prácticas comerciales desleales"), debe interpretarse en el sentido de que puede cubrir comportamientos como los que son objeto del asunto principal, consistentes en la inserción, en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de correo electrónico, de mensajes publicitarios en una forma que se parece a la de los correos electrónicos y en la misma ubicación que estos. No obstante, corresponderá al tribunal remitente comprobar, por un lado, si la inserción de estos mensajes publicitarios ha tenido la frecuencia y regularidad suficientes para poder ser calificada de proposiciones "persistentes" y, por otro, si la inserción de dichos mensajes puede ser calificada de proposiciones "no solicitadas", teniendo en cuenta la existencia o no de un consentimiento dado por el referido usuario con anterioridad a tal inserción, así como la oposición a tal procedimiento publicitario expresada por aquel.»