

Asunto C-102/20

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

26 de febrero de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

30 de enero de 2020

Parte demandante y recurrente en casación:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Parte demandada y recurrida en casación:

eprimo GmbH

Parte coadyuvante de la demandada:

Interactive Media CCSP GmbH

Objeto del procedimiento principal

Competencia desleal, cese de la difusión de publicidad contraria a la competencia

Objeto y fundamento jurídico del planteamiento de la cuestión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Existe un envío en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58/CE 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/CE 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/CE 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/CE únicamente cuando se constata una molestia para el usuario que vaya más allá de una inconveniencia?
 - 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/CE 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 controvertida 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?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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) (DO 2002, L 201, p. 37), considerandos primero, duodécimo, vigesimosexto, vigesimoséptimo y cuadragésimo, artículo 1, apartado 1, artículo 2, letra h), artículo 2, letra d), primera frase, artículo 6, apartado 1, y artículo 13, apartado 1

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) (DO 2005, L 149, p. 22, y corrección de errores en DO 2009, L 253, p. 18), anexo 1, punto 26, primera frase

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Ley contra la competencia desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; en lo sucesivo, «UWG»), artículo 3, artículo 7, apartado 1, y apartado 2, números 1, 2 y 3, y artículo 8, apartados 1 y 2

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Las partes principales suministran electricidad a clientes finales. La parte coadyuvante de la demandada es una agencia publicitaria.
- 2 La demandada encargó a la parte coadyuvante la inserción de publicidad en cuentas de correo electrónico de usuarios del servicio gratuito de correo electrónico T-Online. La publicidad se canalizó de tal modo que el 15 de enero de 2017 en la cuenta privada de un usuario de dicho servicio de correo electrónico apareció en el espacio destinado a la visualización del listado de correos electrónicos recibidos (en lo sucesivo, «bandeja de entrada»), entre los correos electrónicos recibidos, la siguiente publicidad con el siguiente texto: «eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de» («Más ahorro con eprimo: electricidad y gas a un buen precio. ¡Asegúrese ahora los mejores precios de eprimo con una atractiva bonificación! Más información en eprimo.de»). Anuncios publicitarios similares ya habían aparecido el 12 de diciembre de 2016 y el 13 de enero de 2017 en la bandeja de entrada del usuario.
- 3 La publicidad de este tipo se inserta en espacios publicitarios específicos de la bandeja de entrada de la cuenta del servicio gratuito de correo electrónico de la compañía Telekom Deutschland GmbH. Se denomina «T-Online.de Mail Ad» y puede ser contratada por clientes anunciantes de este proveedor. Una vez abierto el sitio de Internet, aparecía un código JavaScript de un Ad Server (TAG) en un espacio determinado de la bandeja de entrada del usuario de dicha cuenta gratuita de correo electrónico. De este modo, con la apertura del sitio de Internet se enviaba al Ad Server la solicitud (Ad Request) de insertar uno de los anuncios publicitarios existentes en el pool. A continuación, el Ad Server enviaba los parámetros correspondientes al navegador de Internet del usuario, lo que conducía a que en la bandeja de entrada del usuario apareciese un anuncio publicitario seleccionado de forma aleatoria. Cuando el usuario hacía clic en la publicidad

insertada, en primer lugar, se transfería la entrada al Ad Server, que protocolizaba el clic y reenviaba el navegador a la página del anunciante. La publicidad insertada en la bandeja de entrada venía acompañada de la palabra «anuncio» y podía eliminarse de la bandeja de entrada haciendo clic en el símbolo cruzado «x» que lo acompañaba. La publicidad aparecía —a diferencia de los correos electrónicos mostrados en la bandeja de entrada del usuario— sobre un fondo gris y carecía de fecha y remitente. Además, con las opciones de tratamiento ofrecidas por el proveedor del servicio de correo electrónico no era posible su archivo, respuesta o reenvío. Tampoco se computaba entre el contingente de correos electrónicos del usuario no leídos permitido por el proveedor del servicio ni ocupaba ningún espacio de almacenamiento en la bandeja de entrada del usuario.

- 4 La demandante se opone a esta publicidad al considerarla contraria a la competencia por suponer una inconveniencia indebida e inducir a error.
- 5 El Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal) condenó a la demandada al cese de la promoción, en el ámbito comercial y a efectos de competencia, del suministro de electricidad entre los consumidores finales en la forma descrita a través de la cuenta de correo electrónico «T-online.de».
- 6 El órgano jurisdiccional de segunda instancia que conoció del recurso de apelación interpuesto por la demandada desestimó la demanda por considerar que la objetada ubicación de la publicidad en la bandeja de entrada de las cuentas privadas de correo electrónico no constituye un acto comercial ilícito con arreglo a las normas de la competencia.
- 7 Mediante su recurso de casación, admitido a trámite por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, y cuya desestimación solicita la demandada, la demandante pretende que se confirme la sentencia dictada en primera instancia.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 8 El resultado del recurso de casación depende de si la demandante tiene derecho a exigir la cesación pretendida. Con arreglo al artículo 8, apartado 1, primera frase, de la UWG, la acción de cesación exige que la demandada o la coadyuvante encargada de la publicidad controvertida, conforme al artículo 8, apartado 2, de la UWG, haya cometido un acto comercial ilícito previsto en los artículos 3 o 7 de la UWG. El comportamiento reprochado a la demandada puede ser ilícito según el artículo 7, apartado 2, punto 3, de la UWG. También cabe la posibilidad de que la publicidad sea ilícita con arreglo al artículo 7, apartado 2, punto 1, de la UWG.
- 9 La fundamentación de las pretensiones de la demandante depende de cómo deba interpretarse la disposición del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la UWG a la luz de las disposiciones de la Directiva 2002/58. A este respecto, deben dilucidarse cuestiones relativas a la interpretación del artículo 2, párrafo segundo, letra h), y del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

- 10 Según el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la UWG, es ilícito el acto comercial que cause una inconveniencia de forma indebida a un operador económico. En virtud del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la UWG, debe presumirse que existe una inconveniencia indebida, en particular, cuando, en caso de publicidad mediante correspondencia electrónica, no se haya recabado previamente el consentimiento expreso de los destinatarios. El precepto recogido en el artículo 7, apartado 2, punto 3, de la UWG es conforme con el punto 26 del anexo I de la Directiva 2005/29 y transpone el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 al Derecho alemán. Por tanto, debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión a la luz del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.
- 11 En virtud del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, la utilización con fines de venta directa de correos electrónicos, entre otros, solo se podrá autorizar respecto de aquellos abonados o usuarios que hayan dado su consentimiento previo. Con arreglo al artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58, se entenderá por «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. Es dudoso que, en las circunstancias del litigio principal, se cumplan estos requisitos.
- 12 Procede preguntarse, en primer lugar, si la publicidad difundida por la demandada o por la coadyuvante, conforme al artículo 8, apartado 2, de la UWG, que aparece en espacios publicitarios específicos en la bandeja de entrada de las cuentas de los usuarios de un servicio gratuito de correo electrónico debe considerarse un correo electrónico en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58.
- 13 La publicidad controvertida constituye una comunicación textual en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. A tenor del artículo 2, párrafo segundo, letra d), primera frase, de la Directiva 2002/58, «comunicación» es cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. Estos requisitos se cumplen en el presente asunto. La publicidad hecha por la demandada contiene una información por escrito que promociona la oferta de la demandada. Esta información fue conducida a un número finito de interesados. La conducción al usuario de la cuenta de correo electrónico se efectuaba como consecuencia de la apertura por el usuario del sitio de Internet de su cuenta de correo electrónico con el inicio de la sesión, a raíz de la cual, la comunicación era transmitida en tiempo real por el operador del Ad Server a la bandeja de entrada de la cuenta de correo electrónico en el sitio de Internet, donde se mostraba al usuario de dicha cuenta de correo electrónico. Además, la información publicitaria era conducida a través de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. La publicidad se activaba con la apertura de la cuenta de correo electrónico del usuario en Internet y era reproducida en la bandeja de entrada prevista en el sitio de Internet

para la visualización de los correos electrónicos recibidos. Por lo tanto, la publicidad —al igual que los correos electrónicos— fue transmitida en formato electrónico en Internet y, con ello, a un medio disponible para el público. Un servicio de correo electrónico disponible para los usuarios a través de Internet es un servicio de comunicación electrónica.

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 14 La primera cuestión prejudicial tiene por objeto dilucidar si la controvertida publicidad recibida en la bandeja de entrada también fue «enviada» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58.
- 15 El órgano jurisdiccional de segunda instancia ha considerado que del concepto de «envío», en relación con los términos «correo» y «red de comunicaciones» utilizados en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58, se infiere en una visión de conjunto que un «correo electrónico» implica necesariamente el envío de una comunicación por parte de un usuario a otro usuario a través de una empresa prestadora de servicios (como, por ejemplo, un proveedor de correo electrónico), que la transporta electrónicamente a la «dirección» electrónica (como, por ejemplo, una dirección de correo electrónico) del segundo usuario. A su juicio, en el presente asunto no tuvo lugar tal transmisión a la dirección de un cliente concreto, puesto que la presentación de la publicidad solamente se efectuó a través de un Ad Server en una superficie determinada de un sitio de Internet a través de «AdTags/AdSlots» integrados y predefinidos en la página web.
- 16 Esta tesis, inspirada en las características de un correo electrónico tradicional, se ve reforzada por el hecho de que, probablemente, al adoptar la Directiva 2002/58 el legislador también consideró el correo electrónico, junto con el SMS mencionado expresamente en el cuadragésimo considerando, la forma clásica de mantener correspondencia electrónica.
- 17 Si la interpretación del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58 se supedita a estas exigencias basada en las características de un correo electrónico tradicional, tal y como aprecia el órgano jurisdiccional de segunda instancia, en el presente asunto no existe un «envío» de la comunicación, de modo que la publicidad recibida en la bandeja de entrada objeto de controversia no constituye una correspondencia electrónica. La publicidad recibida en la bandeja de entrada no se remite a través de una empresa prestadora de servicios (como, por ejemplo, un proveedor de correo electrónico) por un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas a la «dirección» electrónica (como, por ejemplo, una dirección de correo electrónico) de otro usuario elegido por el primer usuario, sino que, como consecuencia de la apertura de una cuenta de correo electrónico, se visualiza por mediación de un Ad Server en un espacio previsto al efecto en la bandeja de entrada de un usuario elegido de forma aleatoria.

- 18 La interpretación de la exigencia de «envío» sostenida por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, orientada en las características de un correo electrónico tradicional, podría ser contraria a la finalidad tuitiva del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Esta disposición, que se remite al concepto de correo electrónico definido en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58 y regula su aplicación, tiene por objeto proteger a los usuarios frente a una intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa (véase el cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58). No resulta manifiesto que, habida cuenta de la previsible velocidad de la evolución de la tecnología, el legislador haya querido asentar una acepción estática del concepto de correspondencia electrónica referida a las formas «clásicas» del correo electrónico, del SMS o del MMS conocidas en la fecha de la entrada en vigor de la Directiva. Es más plausible entender que, en aras de la protección de la intimidad de los usuarios, el legislador haya optado por un concepto dinámico y tecnológicamente neutro susceptible, por ejemplo, de incluir asimismo las comunicaciones electrónicas en el marco de las redes sociales, relevantes desde fechas muy recientes. Dado que la intimidad de los usuarios de medios de comunicación electrónicos puede verse menoscabada no solo a través de comunicaciones no solicitadas remitidas a través de las formas clásicas de comunicación electrónica individual, como el correo electrónico, el SMS o el MMS, sino también a través de nuevas formas de comunicación electrónica de masas, parece pertinente interpretar el concepto de envío no según los parámetros de la comunicación electrónica tradicional en el sentido de remisión por parte de un usuario concreto a otro previamente determinado, sino de manera funcional en el sentido de difusión.
- 19 Si se parte de esta concepción funcional, inspirada en la finalidad tuitiva del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, la publicidad en la bandeja de entrada objeto del presente asunto podría considerarse enviada en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. Esta postura también se sustenta en el cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58. En su virtud, debe protegerse a los usuarios de redes públicas de comunicaciones electrónicas contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, toda vez que el envío de estas formas de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar relativamente sencillo y económico. Estos aspectos son aplicables a la publicidad en la bandeja de entrada sobre la que versa el presente asunto.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 20 La segunda cuestión prejudicial tiene por objeto dilucidar cuáles son las exigencias del requisito regulado en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58, según el cual la comunicación debe poder almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo.

- 21 El órgano jurisdiccional de segunda instancia ha considerado que en el caso de la publicidad en la bandeja de entrada controvertida en el presente asunto no ha tenido lugar un acceso en este sentido. A su juicio, del vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2002/58 se desprende que la recepción de la comunicación requiere un comportamiento consciente por parte del destinatario. Así, el receptor de la comunicación, una vez que haya tenido conocimiento de la notificación, debe acceder a los datos gestionados online mediante un acto, es decir, mediante una intervención en el mundo exterior basada en una decisión voluntaria. Según el órgano jurisdiccional de segunda instancia, lo determinante es que, con su petición de acceso, el usuario pueda activar un proceso de transmisión de los datos programado técnicamente. Conforme a esta tesis, en el presente asunto no se ha producido un acceso a la comunicación en este sentido. Por el contrario, es suficiente que el usuario del servicio de correo electrónico abra dicho servicio en la página web de la compañía Deutsche Telekom con un navegador para que el anuncio publicitario aparezca en tiempo real mediante un Ad Server, sin que el usuario se percate de este proceso y pueda decidir libremente a favor o en contra de la visualización.
- 22 Esta interpretación es conforme con el posible sentido literal del concepto «acceso» en el artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. Asimismo, podría verse corroborada por el vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2002/58. A tenor de este considerando, para el correo electrónico la transmisión de una comunicación finaliza en cuanto el destinatario recoge el mensaje, en general del servidor de su proveedor de servicios. De esta formulación podría inferirse que el acceso a un correo electrónico presupone una intervención del usuario dirigida en último término a la transmisión de una comunicación, efectuada en general por el servidor del proveedor de servicios.
- 23 Según esta restrictiva interpretación, inspirada a su vez en la regla general del correo electrónico, la publicidad en la bandeja de entrada sobre la que versa el presente asunto no cumple las exigencias de un correo electrónico en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58. Al abrir su cuenta de correo electrónico en el sitio de Internet de su proveedor de servicios el usuario plasma su voluntad de que se le muestren y transmitan sus correos electrónicos almacenados en el servidor del proveedor del servicio de correo electrónico. Ahora bien, según la experiencia general, normalmente su voluntad no es que, además, un Ad Server inserte comunicaciones comerciales en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.
- 24 Por otra parte, contra la tesis defendida por el órgano jurisdiccional de segunda instancia puede argüirse una interpretación funcional acorde con la finalidad tuitiva del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. En virtud de esta disposición, debe protegerse al usuario frente a comunicaciones comerciales no solicitadas, que los anunciantes pueden enviar de forma relativamente sencilla y económica a través de una red de comunicaciones electrónicas y suponen una molestia para el usuario (cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58). Habida cuenta de esta finalidad, no parece convincente discernir entre un correo

electrónico con contenido publicitario —sin duda incluido en el concepto de correspondencia electrónica y, en ocasiones, enviado en masa—, y la comunicación comercial controvertida en el presente asunto. Ambas comunicaciones aparecen en la bandeja de entrada y, por consiguiente, en el ámbito del sitio de Internet abierto por el usuario para conocer sus correos electrónicos, toda vez que dicho ámbito es el destinado al efecto. Además, para la causación de la molestia, cuya evitación persigue el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, carece de relevancia si la comunicación comercial insertada en la bandeja de entrada de la cuenta de correo electrónico del usuario proviene del servidor del proveedor del servicio, de un Ad Server del proveedor del servicio o de una empresa que colabora con dicho proveedor. Al contrario, lo determinante no debería ser una interpretación técnica, sino una interpretación funcional inspirada en la finalidad tuitiva que tenga debidamente en cuenta la molestia ocasionada al usuario con una forma de publicidad. Dicha molestia podría derivarse del hecho de que la publicidad impugnada aparece en la bandeja de entrada de la cuenta de correo electrónico y, por lo tanto, fue transmitida e insertada en un ámbito en el que el usuario solo espera encontrar los correos electrónicos dirigidos a su persona a título individual.

- 25 Esta interpretación funcional inspirada en la finalidad tuitiva también es compatible con el tenor literal del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva. Ha tenido lugar un acceso, entendido como un acto del usuario destinado en último término a conocer las comunicaciones recibidas en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico. El órgano jurisdiccional de segunda instancia constató que la transmisión de la publicidad del Ad Server a la bandeja de entrada se activa cuando el usuario accede en Internet a la página de su cuenta de correo electrónico y entra en la misma con sus datos de acceso personales. El hecho de que, por regla general, el usuario solamente desee conocer sus correos privados y profesionales y no mensajes publicitarios carentes de interés para él o molestos, como correo basura (spam) o anuncios publicitarios, no obsta para que se haya llevado a cabo un acto finalmente destinado al acceso con la apertura de la cuenta de correo electrónico en Internet.
- 26 Hasta el momento de su inserción como consecuencia de la introducción de los datos de acceso personales, la publicidad recibida en la bandeja de entrada controvertida en el presente asunto estaba almacenada en un Ad Server y, por consiguiente, en la red.
- 27 Del vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2002/58, en el cual se dispone que para el correo electrónico la transmisión finaliza en cuanto el destinatario recoge el mensaje, en general del servidor de su proveedor de servicios, no parece inferirse nada que contradiga esta postura. No cabe entender que del vigesimoséptimo considerando se desprenda sin más que la correspondencia electrónica solo comprende comunicaciones almacenadas en el servidor del proveedor del servicio, puesto que la utilización de la expresión «en general» evidencia que el legislador no estableció un requisito conceptual exhaustivo, sino que únicamente se limitó a describir el supuesto más frecuente en la práctica.

Además, debe tenerse en cuenta el contexto regulador del vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2002/58. Esta disposición gira en torno a la cuestión de en qué momento deben eliminarse los datos sobre tráfico. A este respecto, es determinante el momento en que finaliza la transmisión de la comunicación (véanse el artículo 6, apartado 1, y el vigesimosexto considerando de la Directiva 2002/58). En ese contexto, el vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2002/58 fija el momento en que finaliza la transmisión de una correspondencia electrónica en el momento de la recogida del mensaje por parte del destinatario. No resulta obvio que de ello se desprendan los criterios de interpretación decisivos para la protección de la intimidad del usuario frente a comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa enviadas por correspondencia electrónica, consagrada en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

- 28 La tercera cuestión prejudicial tiene por objeto dilucidar si también debe considerarse un correo electrónico en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 una comunicación que no se dirige a un destinatario individual concretizado antes de la transmisión, sino que, como en el presente asunto, se muestra de forma aleatoria.
- 29 El órgano jurisdiccional de segunda instancia ha considerado que la comunicación electrónica en el sentido del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la UWG exige que el envío sea «individual», es decir, se realice a un destinatario concreto determinado antes del envío y con el que, por tanto, ya fue posible mantener una comunicación previa sobre el consentimiento del envío. A su juicio, este requisito se infiere del hecho de que la admisibilidad de las formas de publicidad reguladas en el artículo 7, apartado 2, punto 2, de la UWG exige que se haya recabado previamente el consentimiento expreso del destinatario. El órgano jurisdiccional de segunda instancia sostiene que la exigencia de dicho consentimiento expreso previo implica necesariamente la existencia de un destinatario concreto, que ha podido pronunciarse ante el anunciante sobre si consiente o no la publicidad. Señala que, sin embargo, la publicidad controvertida en el presente asunto se inserta de forma aleatoria en las cuentas de clientes del servicio gratuito de correo electrónico, sin que haya sido posible una comunicación previa sobre el consentimiento del cliente.
- 30 El órgano jurisdiccional remitente duda sobre la posibilidad de secundar esta postura. En virtud del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, la utilización de correo electrónico con fines de venta directa solo se podrá autorizar respecto de aquellos abonados o usuarios que hayan dado su consentimiento previo. No obstante, de esta exigencia no se infiere *a sensu contrario* que todas las formas de publicidad con fines de venta directa a través de redes de comunicaciones sean admisibles sin consentimiento cuando, debido a los procedimientos técnicos empleados por el anunciante, no haya podido recabarse el

consentimiento de los usuarios antes de la inserción de un anuncio publicitario concreto.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

- 31 La cuarta cuestión prejudicial tiene por objeto dilucidar si la utilización de correspondencia electrónica con fines de venta directa en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 solo existe en el supuesto de que se cause al usuario una molestia que, como constató el órgano jurisdiccional de segunda instancia en el presente asunto, vaya más allá de una inconveniencia.
- 32 El órgano jurisdiccional de segunda instancia ha considerado que el sentido y la finalidad del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la UWG, que debe determinarse a la luz del cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58, se opone a la aplicación de dicho precepto a la publicidad controvertida en el presente asunto. A su juicio, la aparición de la publicidad en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico —junto con los nuevos correos electrónicos entrantes— supone ciertamente una inconveniencia para el usuario del servicio de correo electrónico. Además, dado que para el observador superficial la publicidad se percibe como un correo electrónico y, por tanto, con mayor intensidad que la publicidad ubicada fuera de la bandeja de entrada, el grado de inconveniencia también debe considerarse superior al de la publicidad insertada al margen del espacio destinado a la bandeja de entrada. El órgano jurisdiccional de segunda instancia sostiene que, no obstante, ello no implica que exista una molestia o coste en el sentido del cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58, más intensos que dicho hostigamiento. Este órgano jurisdiccional señala, en particular, que la publicidad recibida en la bandeja de entrada no se computa entre los correos no leídos ni ocupa espacio de almacenamiento. A su juicio, la diferencia óptica entre los correos electrónicos y la publicidad insertada permite que la separación entre los mensajes electrónicos importantes y los correos basura no suponga un esfuerzo.
- 33 No es posible dar una respuesta inequívoca a la cuestión de si puede secundarse esta interpretación. La tesis defendida por el órgano jurisdiccional de segunda instancia podría verse avalada por el tenor literal del cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58. En dicha disposición no se menciona una inconveniencia para el usuario. Más bien se dispone que debe protegerse a los usuarios de redes públicas de comunicaciones electrónicas contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa porque el envío de estas formas de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar, por una parte, relativamente sencillo y económico y, por otra parte, puede conllevar una molestia o 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. Toda vez que en el litigio principal no se debate sobre un coste para el usuario ni sobre dificultades en las redes de comunicación electrónicas o en los equipos terminales, resulta decisivo dilucidar si la publicidad insertada en la bandeja de entrada supone una carga para la

intimidad de los usuarios. En cualquier caso, en el cuadragésimo considerando de la Directiva 2002/58 no se dispone expresamente al respecto que una inconveniencia sea suficiente.

- 34 Por otro lado, el sentido del concepto «molestia» referido a la adecuada protección de la intimidad frente a comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa también comprende el menoscabo de la intimidad manifestado en el hecho de que el consumidor no (solo) se ve confrontado con la publicidad en el espacio reservado normalmente al efecto en un sitio de Internet, que puede ignorar fácilmente, sino (también) en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico y, por tanto, en un espacio del sitio de Internet del proveedor del servicio de correo electrónico en el que se muestran los mensajes electrónicos dirigidos al usuario a título individual y que, por consiguiente, este visita con la intención de acceder a los mismos, es decir, en un espacio al que dedica una especial atención. A ello se añade que, por regla general, el usuario se siente más aludido por mensajes publicitarios que aparecen en la bandeja de entrada, como lugar previsto para la recepción de los correos electrónicos dirigidos a su persona, que por los anuncios publicitarios que suelen encontrarse en los márgenes de la bandeja de entrada y que claramente se dirigen al público en general. De ello también puede inferirse —independientemente del contenido y el objeto de la publicidad— una mayor inconveniencia.
- 35 A este respecto, debe tenerse en cuenta asimismo que una cuenta privada de correo electrónico protegida mediante contraseña forma parte de la vida privada protegida por los derechos generales de la personalidad. En este ámbito, debe protegerse al usuario no solo frente al esfuerzo que supone tener que visualizar los mensajes recibidos y separarlos de la publicidad. Como corolario de su derecho personal de autodeterminación, también es merecedora de protección la voluntad del interesado de preservar su ámbito de vida privado libre de toda obligación de tener que verse confrontado con la publicidad y sus efectos sugestivos. En virtud del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/58 y de sus considerandos primero, duodécimo y cuadragésimo, la protección de la intimidad del usuario en el sector de las comunicaciones electrónicas también está garantizada por el artículo 13, apartado 1, de dicha Directiva. Al apreciar el efecto de la inconveniencia causada por una medida publicitaria que menoscaba la intimidad, también debe tenerse en cuenta el riesgo que, según la experiencia generalmente adquirida, supone la acumulación de inconveniencias como consecuencia de la proliferación de la publicidad.
- 36 En la medida en que la interpretación inspirada en la finalidad tuitiva del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 se fundamenta en la protección de la intimidad y no en la protección del usuario frente al engaño, a efectos del examen de esta disposición es irrelevante que el aspecto de la publicidad insertada en la bandeja de entrada del usuario difiera del de los correos electrónicos y que, además, se advierta al usuario la diferencia indicando en dicha publicidad insertada en la bandeja de entrada que se trata de un «anuncio». Por otra parte, la experiencia demuestra que tanto la descarga del mensaje y del anuncio

publicitario como su lectura superficial requieren su tiempo, aunque el usuario se percate desde el principio y de manera clara e inequívoca de que el mensaje publicitario insertado en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico es publicidad y pueda eliminarlo. Por las mismas razones, el hecho, invocado por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, de que la publicidad no se computa entre los correos electrónicos del cliente no leídos ni tampoco ocupa espacio de almacenamiento en la cuenta, no obsta a la consideración de que se incumple el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

- 37 Contrariamente a lo estimado por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, habida cuenta de todo lo expuesto, para apreciar el menoscabo de la intimidad del usuario de un servicio privado de correo electrónico sí podría jugar un papel decisivo el hecho de que dicho usuario se vea confrontado con la publicidad no solo en los lugares habitualmente utilizados para mensajes publicitarios, sino también en un ámbito del sitio de Internet de su proveedor de servicios de correo electrónico en el que deben encontrarse los correos electrónicos dirigidos a su persona a título individual y al que, necesariamente, presta una especial atención. Las constataciones efectuadas por el órgano jurisdiccional de segunda instancia también avalan esta afirmación. Dicho órgano jurisdiccional declaró que la aparición de la publicidad en la bandeja de entrada de la cuenta —junto con los nuevos correos electrónicos entrantes— supone una inconveniencia para el usuario de dicha cuenta. Dado que, a primera vista, la publicidad parece un correo electrónico y, por lo tanto, puede percibirse de manera más intensa que la publicidad ubicada fuera del buzón de entrada, el grado de inconveniencia es superior al de la publicidad insertada al margen del buzón de entrada. Estas constataciones se ven avaladas por la experiencia.

Sobre la quinta cuestión prejudicial

- 38 En el litigio principal cabe cuestionarse la admisibilidad de la publicidad controvertida a la luz del artículo 7, apartado 2, punto 1, de la UWG. La aplicación de estas disposiciones arroja un interrogante sobre la interpretación del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29.
- 39 Según el artículo 7, apartado 2, punto 1, de la UWG, se presumirá que existe una inconveniencia indebida en el sentido del artículo 7, apartado 1, primera frase, de la UWG en caso de publicidad a través de un medio de comunicación comercial propio de la venta a distancia que no esté comprendido en la enumeración recogida en los puntos 2 y 3 de esta disposición y que se dirija de forma persistente a un consumidor, aunque resulte evidente que este no lo desea. Esta disposición tiene como finalidad la transposición del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29 y debe interpretarse de conformidad con esta norma de la Directiva. En virtud del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29, constituye una práctica comercial agresiva, considerada desleal en cualquier circunstancia, el hecho de realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo

en las circunstancias —no relevantes en el presente asunto— y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. En el litigio principal se suscita una cuestión carente de respuesta inequívoca relacionada con la interpretación de esta disposición del Derecho de la Unión.

- 40 La quinta cuestión prejudicial tiene por objeto determinar los requisitos que debe cumplir una «proposición» en el sentido del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29.
- 41 El elemento «proposición» presupone una publicidad dirigida específicamente a un cliente individual. A este respecto se suscita la cuestión de si la exigencia de que la publicidad se dirija específicamente a un individuo, necesaria para considerarla una proposición, solo se cumple si el contacto con el 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 cliente concreto se establezca a través de la inserción de la publicidad en la bandeja de entrada de una cuenta privada de correo electrónico, es decir, en un ámbito en el que el cliente espera encontrar mensajes dirigidos a su persona a título individual.
- 42 El tenor del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29 permite ambas interpretaciones. Dado que el cliente —como se ha expuesto— ve afectada su intimidad con la publicidad insertada en la bandeja de entrada y, además, con ello se le causan más inconveniencias que con los habituales anuncios publicitarios visibles en los espacios de un sitio de Internet previstos normalmente al efecto y de carácter impersonal, la finalidad tuitiva de esta disposición podría verse asimismo afectada.