

Causa C-102/20

Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia

Data di deposito:

26 febbraio 2020

Giudice del rinvio:

Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania)

Data della decisione di rinvio:

30 gennaio 2020

Ricorrente in primo grado e nel procedimento di cassazione:

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Resistente in primo grado e nel procedimento di cassazione:

eprimo GmbH

Interveniente a sostegno della resistente:

Interactive Media CCSP GmbH

Oggetto del procedimento principale

Concorrenza sleale, inibitoria di pubblicità anticoncorrenziale

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione del diritto dell'Unione, articolo 267 TFUE

Questioni pregiudiziali

1. Se nella nozione di trasmissione ai sensi dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58/CE, rientri l'ipotesi in cui un messaggio non venga inviato da un utente di un servizio di comunicazione elettronica ad un altro utente tramite un fornitore di servizi all'«indirizzo» elettronico

- del secondo utente, ma, a seguito dell'accesso al sito Internet protetto da password di un account e-mail, venga automaticamente mostrato dai *server* pubblicitari in determinati spazi previsti a tal fine nella casella di posta elettronica in arrivo di un utente selezionato a caso (pubblicità nella posta in arrivo).
2. Se la presa di conoscenza di un messaggio ai sensi dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58/CE presupponga che il destinatario, non appena giunto a conoscenza della presenza di un messaggio, attivi mediante richiesta volontaria la trasmissione dei dati del messaggio tecnicamente predeterminata o se sia sufficiente che la comparsa di un messaggio nella posta in arrivo di un account e-mail sia consentita dal fatto che l'utente acceda al sito Internet protetto da password del proprio account e-mail.
 3. Se possa parlarsi di posta elettronica ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE anche quando una comunicazione non sia trasmessa ad un singolo destinatario specificamente identificato prima della trasmissione, ma venga visualizzata nella posta in arrivo di un utente casualmente selezionato .
 4. Se sussista un'utilizzazione della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE, solo a fronte di un onere a carico dell'utente che vada al di là della molestia.
 5. Se una pubblicità individuale di cui all'allegato I, punto 26, prima frase, della direttiva 2005/29/CE, rispondente ai requisiti di una «sollecitazione commerciale» sussista solo nel caso in cui il cliente venga contattato mediante un mezzo solitamente impiegato ai fini della comunicazione individuale tra un mittente e un destinatario, ovvero se sia sufficiente che – come nel caso della pubblicità oggetto nella presente controversia – venga generato un riferimento individuale attraverso l'inserimento della pubblicità nella posta in arrivo di un account e-mail privato e, quindi, in un'area nella quale il cliente preveda di ricevere comunicazioni personalmente indirizzate al medesimo.

Disposizioni pertinenti di diritto dell'Unione

Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche («direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche») (GU 2002, L 201, pag. 37), considerando 1, 12, 26, 27 e 40, articolo 1, paragrafo 1, articolo 2, lettera h), articolo 2, lettera d), prima frase, articolo 6, paragrafo 1, articolo 13, paragrafo 1

Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») (GU 2005, L 149, pag. 22, rettifica GU 2009, L 253, pag. 18), allegato 1, punto 26, prima frase

Disposizioni nazionali pertinenti

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (legge contro la concorrenza sleale, in prosieguo: l'«UWG»), articolo 3, articolo 7, paragrafi 1 e 2, punti 1, 2 e 3, articolo 8, paragrafi 1 e 2

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Le parti forniscono elettricità ai clienti finali. L'interveniente a sostegno della resistente è un'agenzia pubblicitaria.
- 2 La resistente incaricava l'interveniente di inserire annunci pubblicitari nelle caselle e-mail degli utenti del servizio e-mail gratuito T-Online. La pubblicità veniva effettuata in modo tale che, il 15 gennaio 2017, nella casella di posta privata di un utente di tale servizio, nell'area nella quale viene visualizzato l'elenco delle e-mail ricevute (in prosieguo: la «posta in arrivo»), figurasse, tra le e-mail ricevute, la pubblicità visualizzata in prosieguo con il seguente testo: «*eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de*» (Risparmia di più con eprimo: elettricità e gas a prezzo conveniente. Assicuratevi ora i prezzi di eprimo con uno sconto allettante! Maggiori informazioni sul sito eprimo.de»). I relativi annunci pubblicitari erano già comparsi nella posta in arrivo dell'utente il 12 dicembre 2016 e il 13 gennaio 2017.
- 3 Tale pubblicità viene inserita in appositi spazi a ciò destinati nella casella di posta in arrivo del servizio e-mail gratuito fornito dalla Telekom Deutschland GmbH. Essa è denominata «T-Online.de Mail Ad» e poteva essere prenotata dai clienti pubblicitari di detto fornitore. Nel sito Internet cui accedeva l'utente di tale casella e-mail gratuita era attivo un codice *JavaScript* di un *server* pubblicitario (TAG) nella posizione corrispondente alla posta in arrivo. In tal modo, all'apertura della pagina Internet, veniva inviata una richiesta (*Adrequest*) al *server* pubblicitario al fine di inserirvi un *banner* pubblicitario attinto dal pool. Il *server* pubblicitario inviava, quindi, i pertinenti parametri al *browser* Internet dell'utente, per effetto dei quali un *banner* selezionato a caso veniva inserito nella posta in arrivo dell'utente. Allorché quest'ultimo cliccava sull'annuncio, la richiesta veniva anzitutto inoltrata al *server* pubblicitario, che registrava il clic e reindirizzava il *browser* al sito dell'inserzionista. La pubblicità che compariva nella posta in arrivo era contrassegnata con il termine «annuncio» e poteva essere eliminata

dalla posta in arrivo cliccando sul simbolo a forma di croce «x» posto accanto ad esso. La pubblicità compariva – a differenza delle e-mail dell'utente visualizzate nella posta in arrivo – su uno sfondo grigio e non recava indicazioni di una data o di un mittente. Inoltre, detta pubblicità non era suscettibile di archiviazione, risposta o inoltrò, mediante il ricorso alle opzioni previste per le e-mail dal fornitore del servizio di posta elettronica. Va aggiunto che essa non era computata nel numero di e-mail non lette dall'utente indicato dal servizio e non occupava spazio di memorizzazione nella posta in arrivo dell'utente.

- 4 La ricorrente sostiene che tale pubblicità sia anticoncorrenziale sotto il profilo della molestia indebita e dell'induzione in errore.
- 5 Il Tribunale del Land ingiungeva alla resistente di astenersi dal fare pubblicità nel commercio tramite l'*account* e-mail «T-online.de», quale esposto *supra*, a fini di concorrenza nel settore della distribuzione di energia elettrica ai consumatori finali.
- 6 A seguito d'impugnazione interposta dalla resistente, il giudice d'appello respingeva la domanda, in base al rilievo che la collocazione della pubblicità contestata nella posta in arrivo di caselle e-mail private non costituirebbe un atto commerciale illecito ai sensi del diritto della concorrenza.
- 7 Con il ricorso per cassazione (*Revision*), dichiarato ammissibile dal giudice d'appello e di cui la resistente chiede il rigetto, la ricorrente intende ottenere la conferma della sentenza del Tribunale del Land.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 8 L'accoglimento del ricorso per cassazione (*Revision*) dipende dalla fondatezza o meno della domanda inibitoria proposta dalla ricorrente. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, prima frase, dell'UWG, l'azione inibitoria presuppone che la resistente ovvero l'interveniente da essa incaricato di realizzare la pubblicità in questione conformemente al successivo paragrafo 2, abbia compiuto un atto commerciale illecito in base all'articolo 3 oppure all'articolo 7 dell'UWG. La condotta contestata alla resistente può risultare illecita per effetto dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 3, dell'UWG. È inoltre possibile che la pubblicità risulti illecita ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 1, dell'UWG.
- 9 La fondatezza delle domande della ricorrente dipende dall'interpretazione accolta della disposizione dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 3, alla luce delle disposizioni della direttiva 2002/58. Al riguardo si pongono questioni che necessitano di chiarimenti in ordine all'interpretazione dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), e dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58.
- 10 In forza dell'articolo 7, paragrafo 1, prima frase, dell'UWG, è illecito un atto commerciale che arrechi una molestia indebita ad un operatore del mercato. Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 3, dell'UWG, s'intende sempre per

molestia indebita, in particolare, la pubblicità con l'uso della posta elettronica in assenza del preliminare consenso espresso del destinatario. La norma di cui alla disposizione richiamata appare in linea con il punto 26 dell'allegato I, della direttiva 2005/29 e costituisce trasposizione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 nella normativa tedesca. Essa deve pertanto essere interpretata alla luce dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 in conformità al diritto dell'Unione.

- 11 Ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, inter alia, l'uso della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati o degli utenti che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera h), della direttiva 2002/58, dispone che per «posta elettronica» s'intendono messaggi contenenti testi, voci, suoni o immagini trasmessi attraverso una rete pubblica di comunicazione, che possono essere archiviati in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente fino a che il ricevente non ne ha preso conoscenza. È dubbio se dette condizioni possano ritenersi sussistenti nelle circostanze presenti nel caso controverso.
- 12 Ci si chiede, anzitutto, se la pubblicità predisposta dalla resistente o dall'interveniente da essa incaricata ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, dell'UWG, che compare su appositi spazi pubblicitari nelle caselle di posta in arrivo degli utenti di un servizio e-mail gratuito, possa essere considerata come posta elettronica in conformità all'articolo 2, paragrafo 2, lettera h), della direttiva 2002/58.
- 13 La pubblicità in questione consiste in un messaggio contenente testo ai sensi dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58. In forza dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), prima frase, della direttiva medesima, per «comunicazione» si intende ogni informazione scambiata o trasmessa tra un numero finito di soggetti tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. Tali condizioni sono soddisfatte. La pubblicità della resistente contiene informazioni di testo che pubblicizzano l'offerta della resistente. Dette informazioni sono state trasmesse tra un numero finito di soggetti. La trasmissione all'utente dell'*account* e-mail aveva luogo nel seguente modo: la comunicazione veniva trasmessa in tempo reale dal gestore del *server* pubblicitario alla posta in arrivo della pagina dell'*account* e-mail a seguito del collegamento dell'utente al sito Internet del suo *account* e-mail, ed era visualizzata dall'utente stesso. Le informazioni pubblicitarie venivano poi trasmesse attraverso un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. La pubblicità veniva attivata a seguito dell'accesso via Internet dell'utente al proprio *account* e-mail e veniva riprodotta all'interno della posta in arrivo prevista sul sito Internet ai fini della visualizzazione delle e-mail ricevute. Pertanto, la pubblicità – al pari delle e-mail – è stata trasmessa in forma elettronica su Internet e quindi tramite un medium accessibile al pubblico. Un servizio di posta elettronica accessibile agli utenti via Internet è un servizio di comunicazione elettronica.

Sulla prima questione pregiudiziale

- 14 La prima questione pregiudiziale è volta ad acclarare se la pubblicità nella posta in arrivo di cui trattasi sia stata «trasmessa» anche ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera h), della direttiva 2002/58.
- 15 Il giudice d'appello ha ritenuto che la nozione di «trasmissione», considerata unitamente alle altre nozioni di «posta» e «rete di comunicazione» utilizzate nell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58, implicherebbe la presenza di «posta elettronica» solo in caso di invio di una comunicazione da un utente ad un altro tramite un fornitore di servizi (come, ad esempio, un *provider* di e-mail), il quale provvederebbe al trasporto elettronico all'«indirizzo» elettronico (come, ad esempio, un indirizzo e-mail) del secondo utente. Nella presente controversia, mancherebbe un siffatto indirizzamento a determinati clienti, in quanto la pubblicità viene veicolata solo tramite un *server* pubblicitario in un determinato spazio di una pagina Internet attraverso «AdTags/AdSlots» predefiniti inseriti nel sito web.
- 16 Va riconosciuto a tale tesi, la quale fa riferimento alle caratteristiche di una e-mail tradizionale, che, nell'adottare la direttiva 2002/58, anche il legislatore potrebbe aver considerato la e-mail come una forma classica di posta elettronica, oltre ai messaggi SMS, espressamente menzionati nel considerando 40 della direttiva de qua.
- 17 Ove nell'interpretazione dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58 si tenesse conto di tali requisiti, basati sulle caratteristiche di una e-mail tradizionale e ritenuti corretti dal giudice d'appello, non sussisterebbe una «trasmissione» della comunicazione, cosicché la pubblicità in questione inviata nella posta in arrivo non rappresenterebbe posta elettronica. Detta pubblicità non viene inviata da un utente di un servizio di comunicazione elettronica ad un altro utente scelto da quest'ultimo tramite un fornitore di servizi (come, ad esempio, un *provider* di e-mail) all'«indirizzo» elettronico (come, ad esempio, un indirizzo e-mail) del secondo utente, bensì viene mostrata, a seguito dell'accesso all'*account* e-mail, dai *server* pubblicitari in determinati spazi previsti a tale scopo nella posta in arrivo di un utente selezionato a caso.
- 18 Contro l'interpretazione accolta dal giudice d'appello con riguardo al termine «trasmesso» e fondata sulle caratteristiche di una e-mail tradizionale, potrebbe deporre la finalità di protezione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58. Tale disposizione, la quale riprende la nozione di posta elettronica definita dall'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva medesima e ne disciplina l'uso, mira a proteggere gli utenti da interferenze nella loro vita privata mediante comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta (v. considerando 40 della direttiva 2002/58). Non risulta affatto che, in considerazione del prevedibile rapido sviluppo tecnologico, il legislatore della direttiva abbia inteso associare in maniera statica la nozione di posta elettronica alle forme «classiche» di e-mail, messaggi SMS o MMS, note al momento

dell'entrata in vigore della direttiva. Appare più ragionevole che, nell'interesse della tutela della vita privata degli utenti, il legislatore abbia scelto una nozione dinamica e tecnologicamente neutra, grazie alla quale, ad esempio, siano incluse anche le comunicazioni elettroniche nell'ambito dei *social network* che hanno acquisito rilevanza solo di recente. Dato che la vita privata degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica può essere pregiudicata non solo mediante comunicazioni indesiderate inviate tramite forme tradizionali di comunicazione elettronica individuale come e-mail, messaggi SMS o MMS, ma anche attraverso nuove forme di comunicazione elettronica di massa, sembra opportuno interpretare la nozione di trasmissione non in base alle forme tradizionali di comunicazione elettronica intesa come invio da un utente determinato ad un altro utente predeterminato, ma in maniera funzionale nel senso della diffusione indifferenziata.

- 19 Ove trovasse accoglimento tale interpretazione funzionale, ispirata alla finalità di protezione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, la pubblicità nella posta in arrivo oggetto della controversia potrebbe essere stata trasmessa ai sensi dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva medesima. Anche il considerando 40 della direttiva de qua depone in senso favorevole a tale ipotesi. Esso stabilisce che gli utenti delle reti pubbliche di comunicazione elettronica dovrebbero essere tutelati da interferenze nella loro vita privata mediante comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, poiché tali forme di comunicazioni commerciali indesiderate possono essere relativamente facili ed economiche da inviare. Tali considerazioni si estendono alla pubblicità nella posta in arrivo in esame nella specie.

Sulla seconda questione pregiudiziale

- 20 La seconda questione pregiudiziale è volta ad individuare i requisiti cui deve rispondere la condizione, prevista dall'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58, secondo cui il messaggio può essere archiviato in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente fino a che il ricevente non ne ha preso conoscenza.
- 21 Il giudice d'appello ha ritenuto che, nel caso della pubblicità nella posta in arrivo in esame, non sussisterebbe una presa di conoscenza in tal senso. Dal considerando 27 della direttiva 2002/58 si evincerebbe che la presa di conoscenza del messaggio esigerebbe una condotta consapevole del destinatario. Dopo aver preso conoscenza del messaggio, il destinatario del messaggio dovrebbe accedere ai dati in modalità *online*, compiendo un atto – dunque, attraverso un intervento nella realtà esterna sulla base di una decisione volontaria. Sarebbe decisivo il fatto che il soggetto possa attivare, con la sua richiesta di accesso, un processo di trasmissione dei dati, tecnicamente predeterminato. Nella fattispecie in esame, non si sarebbe verificata alcuna presa di conoscenza del messaggio nel senso menzionato. Al contrario, l'utente del servizio e-mail dovrebbe solo accedere al sito web della Deutsche Telekom per mezzo di un *browser*, affinché il *banner*

pubblicitario possa essere mostrato in tempo reale tramite un *server* pubblicitario senza che l'utilizzatore si accorga di tale operazione e possa decidere se visualizzarlo volontariamente.

- 22 Tale interpretazione è in linea con il possibile significato letterale della nozione di «prendere conoscenza» di cui all'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58. Essa potrebbe essere suffragata dal considerando 27 della direttiva medesima, il quale afferma che per la posta elettronica la trasmissione della comunicazione è completata quando il destinatario prende conoscenza del messaggio – di solito dal *server* del suo fornitore di servizi. Tale formulazione potrebbe indicare che la presa di conoscenza di una posta elettronica presupponga un'attività dell'utente diretta, in ultima analisi, alla trasmissione di una comunicazione, di solito da parte del *server* del fornitore del servizio.
- 23 In base a tale interpretazione restrittiva, del pari riferita all'ipotesi tipica della e-mail, la pubblicità nella posta in arrivo di cui trattasi non soddisfa i requisiti di una posta elettronica ai sensi dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva 2002/58. Con l'accesso al proprio *account* e-mail sul sito Internet del fornitore del servizio, l'utente manifesta la volontà di essergli trasmesse e mostrate le sue e-mail memorizzate sul *server* e-mail del servizio. Tuttavia, l'esperienza dimostra che la sua volontà non comprende, di norma, anche l'inserimento, nella posta in arrivo del suo *account* di e-mail, di messaggi pubblicitari provenienti da un server pubblicitario.
- 24 D'altro canto, contro la tesi sostenuta dal giudice d'appello depone altresì un'interpretazione funzionale basata sulla finalità di protezione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58. Secondo detta interpretazione, l'utente dovrebbe essere tutelato dalle comunicazioni commerciali indesiderate che possono essere relativamente semplici ed economiche da inviare da parte dell'inserzionista attraverso una rete di comunicazione elettronica e impongono un onere all'utente (considerando 40 della direttiva 2002/58). Alla luce di detta finalità è poco convincente la distinzione tra una e-mail con contenuto pubblicitario, eventualmente inviata in modo massivo, la quale rientra senza dubbio nella nozione di posta elettronica, e il messaggio pubblicitario in questione. Entrambe le comunicazioni compaiono nella posta in arrivo e quindi nell'area del sito Internet cui l'utente accede al fine di conoscere le proprie e-mail, le quali sono ivi normalmente mostrate. Inoltre, con riguardo al pregiudizio da impedire ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, è irrilevante se il messaggio pubblicitario venga inserito nella posta in arrivo dell'*account* e-mail da un *server* di posta o da un *server* pubblicitario del fornitore di servizi oppure da una società che collabora con quest'ultimo. Potrebbe essere decisiva piuttosto, ancora una volta, non un'interpretazione tecnica, bensì un'interpretazione funzionalmente orientata alla finalità di protezione, la quale tenga conto della molestia subita dall'utente per effetto di una forma di pubblicità. Essa potrebbe risultare dalla circostanza che la pubblicità in questione viene trasmessa e visualizzata nella posta in arrivo dell'*account* di e-mail e quindi in

un'area nel quale l'utente prevede di ricevere soltanto e-mail indirizzate a lui personalmente.

- 25 Tale interpretazione, orientata alla finalità di protezione, è altresì compatibile con il tenore letterale dell'articolo 2, seconda frase, lettera h), della direttiva. Sussiste una presa di conoscenza nel senso di un atto dell'utente mirante, in ultima analisi, a conoscere le comunicazioni ricevute nella posta in arrivo dell'*account* e-mail. Secondo i rilievi operati dal giudice d'appello, la trasmissione della pubblicità dal *server* pubblicitario alla posta in arrivo viene attivata quando l'utente si collega via Internet alla pagina del proprio *account* e-mail e vi accede con i suoi dati personali. Il fatto che l'utente, a tal riguardo, intenda conoscere, di norma, le sole e-mail private e professionali e non i messaggi pubblicitari per lui stesso poco interessanti o molesti, come e-mail indesiderate o inserzioni pubblicitarie, non cambia il fatto che sussista, in ultima analisi, un atto di presa di conoscenza attraverso l'accesso all'*account* e-mail via Internet.
- 26 La pubblicità nella posta in arrivo de qua restava memorizzata su un *server* pubblicitario e quindi in rete fino alla visualizzazione della pubblicità attivata tramite l'accesso.
- 27 Nulla di diverso potrebbe desumersi dal considerando 27 della direttiva 2002/58, il quale dispone che, per la posta elettronica la trasmissione è completata quando il destinatario prende conoscenza del messaggio, di solito dal *server* del suo fornitore di servizi. Da ciò non può evincersi *ipso facto* che la posta elettronica includa unicamente le comunicazioni memorizzate sul *server* del fornitore di servizi in quanto l'uso del termine «normalmente» indica che il legislatore della direttiva non abbia in tal modo stabilito una condizione vincolante e tassativa, ma si sia limitato a descrivere un'ipotesi tipica. Inoltre, occorre tener conto del contesto normativo del considerando 27 della direttiva 2002/58, nel quale si tratta della questione del momento in cui debbano essere cancellati i dati relativi al traffico. Pertanto, è determinante il momento del completamento della trasmissione di una comunicazione (v. articolo 6, paragrafo 1, e considerando 26 della direttiva 2002/58). In un contesto del genere, il menzionato considerando 27 riguarda il momento del completamento della trasmissione della posta elettronica mediante la presa di conoscenza del messaggio da parte del destinatario. Non è chiaro se da tale disposizione possano discendere criteri interpretativi relativi alla tutela della vita privata dell'utente dalla commercializzazione diretta indesiderata tramite posta elettronica, come previsto dall'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58.

Sulla terza questione pregiudiziale

- 28 La terza questione pregiudiziale è volta ad acclarare se possa parlarsi di posta elettronica ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 anche quando una comunicazione non sia trasmessa ad un singolo destinatario

specificamente identificato prima della trasmissione, ma, come nel caso in questione, la sua visualizzazione abbia luogo casualmente.

- 29 Il giudice d'appello ha ritenuto che la posta elettronica ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 3, dell'UWG presupporrebbe che l'invio si verifichi «individualmente», vale a dire ad un destinatario specificamente individuato, noto prima dell'invio e con il quale sarebbe quindi possibile una preliminare comunicazione circa il consenso a detto invio. Ciò deriverebbe dal fatto che le forme lecite di pubblicità disciplinate dall'articolo 7, paragrafo 2, punto 2, dell'UWG presuppongono la sussistenza di un consenso del destinatario espresso preliminarmente. L'esigenza di un consenso del genere renderebbe indispensabile la presenza di un destinatario specifico, il quale possa esprimere all'inserzionista il proprio eventuale consenso alla pubblicità. Tuttavia, la pubblicità in questione verrebbe visualizzata dai clienti del servizio e-mail gratuito su base casuale, senza possibilità di una preliminare comunicazione circa il consenso del cliente.
- 30 Questo Collegio dubita dell'accogliabilità di tale tesi. In forza dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, l'uso della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati o degli utenti che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso. Tuttavia, non si può dedurre da tale prescrizione, *a contrario*, che siano lecite, a prescindere dal consenso, tutte le forme di commercializzazione diretta su reti di comunicazione nelle quali, a causa delle procedure tecniche utilizzate dall'inserzionista, il consenso degli utenti non possa essere ottenuto prima dell'uso di una specifica pubblicità.

Sulla quarta questione pregiudiziale

- 31 La quarta questione pregiudiziale è volta ad acclarare se sussista un'utilizzazione della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 solo nel caso in cui venga determinato un onere a carico dell'utente che vada al di là della molestia – accertata dal giudice d'appello nella presente controversia.
- 32 Il giudice d'appello ha riconosciuto che la *ratio* dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 3, dell'UWG, da determinare alla luce del considerando 40 della direttiva 2002/58, non confermerebbe l'applicazione di tale disposizione alla pubblicità in questione. È vero che l'utente del servizio e-mail sarebbe molestato dalla comparsa della pubblicità tra la posta in entrata, inserita tra le nuove e-mail ricevute. Dato che la pubblicità presenterebbe *ictu oculi* l'aspetto di un'e-mail e quindi sarebbe presa in considerazione più seriamente della pubblicità ricevuta al di fuori della casella di posta in entrata, il grado della molestia dovrebbe essere inoltre considerato più elevato rispetto alla pubblicità visualizzata ai margini della casella di posta. Tuttavia, non sussisterebbe un onere o un costo ai sensi del considerando 40 della direttiva 2002/58 che vada al di là di tale molestia. In particolare, la pubblicità nella posta in arrivo non verrebbe computata nel numero

di e-mail non lette dal cliente e non occuperebbe spazio di memorizzazione nella casella di posta in entrata. Le differenze visive tra le e-mail e l'inserzione pubblicitaria non comporterebbero neppure un'attività di separazione delle comunicazioni elettroniche importanti dalla pubblicità indesiderata.

- 33 Non è possibile fornire una risposta univoca sull'ammissibilità di una siffatta interpretazione. In senso favorevole all'interpretazione fornita dal giudice d'appello potrebbe deporre il testo del considerando 40 della direttiva 2002/58, in cui non è menzione della molestia subita dall'utente. Gli utenti delle reti pubbliche di comunicazione elettronica devono piuttosto essere tutelati contro le interferenze nella loro vita privata derivanti da comunicazioni indesiderate a fini di commercializzazione diretta, poiché tali forme di comunicazioni commerciali indesiderate sono, da un lato, relativamente facili ed economiche da inviare e, dall'altro, impongono un onere e/o un costo al destinatario. Inoltre, in taluni casi il loro volume può causare difficoltà per le reti di comunicazione elettronica e le apparecchiature terminali. Dato che, nel caso di specie, non si tratta di un costo per il destinatario o delle difficoltà per le reti di comunicazione elettronica o le apparecchiature terminali, è fondamentale stabilire se la pubblicità nella posta in arrivo costituisca un onere per la vita privata degli utenti. In ogni caso, il considerando 40 della direttiva 2002/58 non afferma espressamente che una molestia possa essere sufficiente a tal riguardo.
- 34 D'altra parte, il significato letterale della nozione di «onere», alla luce della pertinente tutela della vita privata contro la commercializzazione diretta indesiderata include altresì il pregiudizio alla vita privata, che arreca molestia, consistente nel fatto che il consumatore visualizza la pubblicità non (solo) nelle aree di un sito Internet solitamente utilizzate a tale scopo e quindi facili da ignorare, ma (anche) nella posta in arrivo dell'account e-mail e dunque in un'area del sito Internet del fornitore del servizio e-mail, nella quale vengono visualizzate le e-mail indirizzate personalmente all'utente e che sarà quindi visitata da quest'ultimo in modo mirato, vale a dire con particolare attenzione. Inoltre, è una massima di esperienza che l'utente sarà maggiormente interessato a messaggi pubblicitari che compaiono nella posta in arrivo, destinata, di norma, a ricevere comunicazioni indirizzate a lui personalmente, piuttosto che a un *banner* pubblicitario, il quale si trovi pressoché ai margini della pagina Internet e sia evidentemente diretto al pubblico in generale. Anche da ciò può derivare – a seconda del messaggio e dell'oggetto della pubblicità – un aggravamento della molestia arrecata.
- 35 Al riguardo, va altresì preso in considerazione il fatto che un *account* e-mail privato protetto da password rientri nell'ambito della vita privata tutelata dal diritto generale della personalità. In tale ambito, l'interessato non dovrebbe essere protetto solo nei confronti dell'onere addossatogli di vagliare i messaggi a lui indirizzati e separare la pubblicità dagli altri messaggi. Occorre inoltre tutelare la volontà dell'interessato, quale emanazione del suo personale diritto di autodeterminazione, di mantenere la sua sfera privata libera da ogni costrizione a confrontarsi con la pubblicità e con il suo effetto suggestivo. Ai sensi dell'articolo

1, paragrafo 1, e dei considerando 1, 12 e 40 della direttiva 2002/58/CE, anche l'articolo 13, paragrafo 1, di tale direttiva mira a tutelare la vita privata dell'utente nel settore delle comunicazioni elettroniche. Va inoltre tenuto presente che, in base all'esperienza, nella valutazione della molestia arrecata da una misura pubblicitaria che pregiudica la vita privata, sussiste il rischio dell'aggravamento della molestia per effetto della diffusione di tale forma di pubblicità.

- 36 Dato che, ai fini dell'interpretazione orientata alla finalità di protezione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, è determinante la tutela della vita privata e non la protezione dell'utente dall'induzione in errore, appare irrilevante, ai fini dell'esame di tale disposizione, che il modo in cui compaia la pubblicità inserita nella posta in arrivo degli utenti sia diverso da quello delle e-mail e che la distinzione sia resa nota all'utente anche attraverso l'indicazione «annuncio» abbinata a detta pubblicità. Inoltre, la struttura del messaggio e la visualizzazione della comunicazione pubblicitaria, così come la lettura superficiale comportano, solitamente, una perdita di tempo per l'utente anche se quest'ultimo sia in grado di riconoscere sin dall'inizio in modo chiaro e inequivocabile come pubblicità, e quindi cancellare, un messaggio pubblicitario presente nella posta in arrivo del proprio *account* e-mail. Per gli stessi motivi, le circostanze invocate dal giudice d'appello, vale a dire il fatto che la pubblicità non sia computata nel numero delle e-mail non lette dal cliente e non occupi spazio di memorizzazione nella posta in entrata, non ostano all'ipotesi di violazione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2002/58.
- 37 Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice d'appello, ai fini del pregiudizio arrecato alla vita privata dell'utente di un servizio e-mail, tenuto conto di quanto premesso, potrebbe essere senz'altro rilevante il fatto che l'utente visualizzi la pubblicità non solo nei luoghi solitamente utilizzati per i messaggi pubblicitari, ma anche in un'area del sito Internet del suo fornitore del servizio di e-mail, nella quale si possono trovare le e-mail indirizzate personalmente all'utente e alla quale quest'ultimo rivolge inevitabilmente con particolare intensità la propria attenzione. Ciò è confermato anche dai rilievi del giudice d'appello, secondo cui l'utente del servizio e-mail è molestato dalla comparsa della pubblicità all'interno della posta in entrata – inserita tra le nuove e-mail ricevute. Dato che la pubblicità può avere *ictu oculi* l'aspetto di un'e-mail e quindi essere presa in considerazione più seriamente della pubblicità ricevuta al di fuori della casella di posta in entrata, il grado della molestia deve essere considerato più elevato rispetto alla pubblicità visualizzata ai margini della casella di posta. Tali rilievi sono in linea con la comune esperienza.

Sulla quinta questione pregiudiziale

- 38 Nella presente controversia, la pubblicità in questione potrebbe essere vietata conformemente all'articolo 7, paragrafo 2, punto 1, dell'UWG. Nell'applicazione di tali disposizioni si pone una questione di interpretazione del punto 26, prima frase, dell'allegato I della direttiva 2005/29, che richiede un chiarimento.

- 39 Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, punto 1, dell'UWG, la molestia indebita ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, prima frase, dell'UWG deve sempre presumersi nel caso di pubblicità effettuata con l'uso di un mezzo di comunicazione commerciale a distanza non menzionato ai punti 2 e 3 di tale disposizione, con il quale un consumatore venga ripetutamente sollecitato, sebbene abbia chiaramente manifestato una volontà contraria. La norma mira alla trasposizione del punto 26, prima frase, dell'allegato I della direttiva 2005/29 e deve essere interpretata alla luce di tale disposizione in conformità alla direttiva. Il punto 26, prima frase, dell'allegato I, della direttiva medesima stabilisce che costituisce una pratica commerciale aggressiva, considerata in ogni caso sleale, effettuare ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze, non rilevanti nella specie, e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale. Nella controversia in esame si pone una questione di interpretazione di detta disposizione del diritto dell'Unione, questione che non è di univoca soluzione.
- 40 Con la quinta questione pregiudiziale si chiede quali siano i requisiti che devono essere soddisfatti affinché sussista una «sollecitazione» ai sensi del punto 26, prima frase, dell'allegato I della direttiva 2005/29.
- 41 La caratteristica della sollecitazione presuppone una pubblicità indirizzata in modo mirato ad un singolo cliente. A tal riguardo si pone la questione volta a stabilire se una pubblicità individuale mirata rispondente ai requisiti di una sollecitazione sussista unicamente nel caso in cui un cliente venga contattato tramite un *medium* solitamente impiegato ai fini della comunicazione individuale tra un mittente e un destinatario, come il telefono, il fax o l'e-mail, oppure se sia sufficiente che – come nella specie – venga generato un riferimento a uno specifico cliente attraverso l'inserimento della pubblicità nella posta in arrivo di un *account* e-mail privato e dunque in un'area nella quale il cliente prevede di ricevere comunicazioni personalmente indirizzate al medesimo .
- 42 Il tenore letterale del punto 26, prima frase, dell'allegato I della direttiva 2005/29 autorizza entrambe le interpretazioni. In considerazione del fatto che – come già rilevato – il cliente subisce un'interferenza nella sua vita privata per effetto della pubblicità ricevuta nella posta in arrivo e, inoltre, una molestia più grave rispetto alla tradizionale pubblicità contenuta nel *banner* nelle aree del sito Internet normalmente destinate a tale scopo e prive di un riferimento individuale, potrebbe parimenti risultare compromessa la finalità di protezione della disposizione.