

**Processo C-102/20**

**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**

**Data de entrada:**

26 de fevereiro de 2020

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

30 de janeiro de 2020

**Demandante e recorrente:**

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

**Demandada e recorrida:**

eprimo GmbH

**Interveniente ao lado da demandada:**

Interactive Media CCSP GmbH

---

**Objeto do processo principal**

Concorrência desleal, cessação de publicidade anticoncorrencial

**Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial**

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

**Questões prejudiciais**

1. Verifica-se uma situação subsumível no conceito de «envio», na aceção do artigo 2.º, segunda frase, alínea h), da Diretiva 2002/58/CE, quando uma comunicação, em vez de ser remetida por um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas para outro utilizador, através de uma empresa

prestadora de serviços, para o «endereço» eletrónico deste segundo utilizador, é exibida automaticamente por um «adserver» em áreas, previstas para o efeito, da caixa de entrada de mensagens de correio eletrónico de um utilizador escolhido aleatoriamente, no seguimento do acesso, através da digitação de um código, à página «Internet» de uma conta de correio eletrónico (publicidade na «Caixa de entrada»)?

2. O conceito de «recolha» de uma mensagem, na aceção do artigo 2.º, segunda frase, alínea h), da Diretiva 2002/58/CE, pressupõe que o destinatário, depois de ter tomado conhecimento da existência de uma mensagem, desencadeie voluntariamente a sua recolha, através de um processo técnico de transmissão programada dos dados da mensagem, ou basta que a exibição da mensagem na caixa de entrada de uma conta de correio eletrónico seja desencadeada pelo facto de o utilizador aceder, através da digitação de um código, à página «Internet» da sua conta de correio eletrónico?
3. Também existe um «correio eletrónico», na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE, quando uma comunicação não é enviada a um destinatário individual determinado previamente ao momento da transmissão, mas exibida na caixa de entrada de um utilizador escolhido aleatoriamente?
4. Só se verifica uma situação de utilização de correio eletrónico para fins de comercialização direta, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE, quando se constata que sobre o utilizador recai um ónus que constitui mais do que um incómodo?
5. Só se verifica uma situação de publicidade individual que cumpre os requisitos da «solicitação», na aceção do ponto 26, primeira frase, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE, quando o cliente é contactado através de um meio tradicional de comunicação individual entre um remetente e um destinatário, ou basta que seja estabelecida uma relação individualizada pelo facto – como sucede no caso da publicidade em causa no presente processo – de a publicidade ser exibida na caixa de entrada de uma conta de correio eletrónico particular e, por conseguinte, numa área na qual o cliente tem a expectativa de receber comunicações que lhe são dirigidas individualmente?

### **Disposições de direito da União invocadas**

Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) (JO 2002, L 201, p. 37), considerandos 1, 12, 26, 27 e 40, artigo 1.º, n.º 1, artigo 2.º, [segundo parágrafo,] alíneas h) e d), primeira frase, artigo 6.º, n.º 1, artigo 13.º, n.º 1.

Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (diretiva relativa às práticas comerciais desleais) (JO 2005, L 149, p. 22, retificação em JO 2009, L 253, p. 18), anexo I, n.º 26, primeira frase.

### **Disposições nacionais invocadas**

Lei contra a concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, a seguir «UWG»), § 3, § 7, n.ºs 1 e 2, pontos 1, 2 e 3, § 8, n.ºs 1 e 2

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

1. As partes fornecem eletricidade ao consumidor final. A interveniente ao lado da demandada é uma agência de publicidade.
2. A demandada incumbiu a interveniente de introduzir inserções publicitárias em caixas de correio eletrónico de utilizadores do serviço gratuito de correio eletrónico da T-Online. A publicidade em causa foi realizada em termos tais que, na caixa de correio particular de um utilizador deste serviço de correio eletrónico, no dia 15 de janeiro de 2017, na área em que as mensagens de correio eletrónico recebidas estão listadas (a seguir «caixa de entrada») e integrada nas mensagens de correio eletrónico recebidas, surgisse a publicidade a seguir reproduzida: «eprimo poupe mais: eletricidade e gás a preços acessíveis. Garanta agora preços eprimo ótimos com bónus atrativo! Saiba mais em eprimo.de». Já nos dias 12 de dezembro de 2016 e 13 de janeiro de 2017 tinham sido exibidas inserções publicitárias iguais, na caixa de entrada do utilizador.
3. Este tipo de publicidade era integrada em áreas especiais destinadas para o efeito, na caixa de entrada da caixa de correio de utilizadores do serviço gratuito de correio eletrónico da Telekom Deutschland GmbH. Esta publicidade era identificada como «T-Online.de Mail Ad» e pode ser contratada junto do referido prestador pelos respetivos clientes. Na página de «Internet» acedida pelo utilizador do referido serviço gratuito de caixa de correio de «e-mail» encontrava-se integrado, na caixa de entrada, um código JavaScript de um «adserver» (TAG). Desta forma, ao aceder à página «Internet», era enviada uma solicitação («adrequest») ao «adserver», para que fosse reproduzida na área em causa um «banner» publicitário, a partir do «pool» existente. O «adserver» remetia então os parâmetros em causa ao navegador do utilizador na Internet, pelo que na caixa de entrada do utilizador surgia reproduzido um «banner» publicitário, escolhido aleatoriamente. Se o utilizador clicasse sobre a publicidade exibida, o pedido de acesso começava por ser transmitido ao «adserver», que registava o clique e reencaminhava o navegador para a página do anunciante. A publicidade reproduzida na caixa de entrada ostentava a menção «publicidade» e podia ser eliminada da caixa de entrada através de um clique no símbolo da cruz («x»). A

publicidade – ao contrário das mensagens de correio eletrónico recebidas pelo utilizador e constantes da respetiva caixa de entrada – era reproduzida sobre um fundo cinzento e não tinha data nem remetente. Além disso, com base nas ferramentas de tratamento de mensagens de correio eletrónico disponibilizadas pelo prestador do serviço de correio eletrónico não era possível arquivar a publicidade nem responder-lhe nem reenviá-la. A referida publicidade também não foi considerada pelo prestador do serviço no cálculo do número por este atribuído de mensagens de correio eletrónico não lidas, nem ocupava memória do espaço de entrada do utilizador.

4. A demandante considera que a publicidade em causa é anticoncorrencial, no sentido de que constitui um incómodo intolerável e é enganosa.
5. O Landgericht (tribunal de primeira instância) condenou a demandada, para salvaguarda da concorrência, a abster-se, no âmbito do seu giro comercial e da comercialização de eletricidade ao consumidor final, de veicular publicidade nos termos descritos, através da conta de correio eletrónico «T-online.de».
6. O tribunal de apelação concedeu provimento ao recurso interposto pela demandada e julgou a ação improcedente, com o fundamento de que a colocação de publicidade na caixa de entrada de mensagens de correio eletrónico particulares não constitui uma prática comercial violadora do direito da concorrência.
7. A demandante, através do recurso de revista («Revision») por si interposto e admitido pelo tribunal de apelação, pede que seja reprimada a decisão de primeira instância; a demandada pede que seja negado provimento ao recurso.

#### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

8. O eventual êxito do recurso de revista depende de saber se o pedido inibitório formulado pela demandante tem fundamento. Este pedido tem como pressuposto, nos termos do § 8, n.º 1, primeira frase, da UWG, que a demandada – ou a interveniente, à qual foi cometida, na aceção do § 8, n.º 2, da UWG, a conceção da publicidade impugnada – incorreu numa prática comercial ilegal por força dos §§ 3 ou 7 da UWG. A conduta imputada à demandada pode eventualmente ser ilegal por força do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG. É também concebível que a publicidade em causa viole o § 7, n.º 2, ponto 1, da UWG.
9. O mérito dos pedidos formulados na ação depende da interpretação do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG à luz das disposições da Diretiva 2002/58. Neste contexto suscitam-se dúvidas, que importa esclarecer, relativas à interpretação do artigo 2.º, segunda frase, alínea h), e do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58.
10. Nos termos do § 7, n.º 1, primeira frase, da UWG, é inadmissível uma prática comercial através da qual se incomode de forma intolerável um interveniente no mercado. Segundo o § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG, presume-se a verificação de um incómodo intolerável sempre que, nomeadamente, se recorra a

publicidade por correio eletrónico sem que o destinatário tenha previamente dado o seu consentimento expresso a este tipo de comunicação. Esta disposição está em harmonia com o n.º 26 do anexo I da Diretiva 2005/29 e procede à transposição, para o direito alemão, do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58. Por conseguinte, impõe-se interpretá-la de forma conforme ao direito da União, à luz do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58.

11. Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, a utilização nomeadamente de correio eletrónico para fins de comercialização direta apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes ou utilizadores que tenham dado o seu consentimento prévio. Nos termos do artigo 2.º, segunda frase, alínea h), da Diretiva 2002/58 constitui «correio eletrónico» qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher. É duvidoso que no caso concreto se verifiquem estes pressupostos.
12. É, antes de mais, controvertido que a publicidade proveniente da demandada – ou da interveniente por ela incumbida, na aceção do § 8, n.º 2, da UWG –, que é projetada em áreas especialmente destinadas a publicidade da caixa de entrada das caixas de correio de utilizadores de um serviço de correio eletrónico gratuito, possa ser considerada correio eletrónico, na aceção do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58.
13. A publicidade em causa corresponde a uma mensagem textual na aceção do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58. Nos termos do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea d), primeira frase, da Diretiva 2002/58, constitui «comunicação» qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes, através de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível. Verificam-se estes pressupostos. A publicidade da demandada contém uma informação sob a forma de texto, através da qual se louva comercialmente a respetiva oferta. Esta informação foi enviada entre um número finito de partes. O respetivo envio ao utilizador da conta de correio eletrónico verificou-se através da transmissão em tempo real da comunicação, pela empresa que explora o «adserver», para a caixa de entrada da página da conta de correio eletrónico, onde é exibida ao utilizador, depois de este aceder à página da conta de correio eletrónico na Internet através da realização do «log in». Além disso, esta comunicação comercial foi enviada através de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível. A publicidade foi desencadeada pela abertura da conta de correio eletrónico do utilizador, que é acessível através da Internet, e foi exibida na caixa de entrada constante da respetiva página na Internet, onde são mostrados as mensagens de correio eletrónico recebidas. Desta forma, a publicidade – tal como as mensagens de correio eletrónico – foi transmitida por via eletrónica, através da «internet», e, por conseguinte, através de um meio publicamente disponível. Um serviço de correio eletrónico à disposição do utilizador através da Internet constitui um serviço de comunicações eletrónicas.



## 1 Quanto à primeira questão prejudicial

14. Através da primeira questão prejudicial pretende-se esclarecer se a publicidade controvertida, recebida na caixa de entrada, foi «enviada», na aceção do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58.
15. O tribunal de apelação considerou resultar do conceito de «envio», numa leitura conjugada com os conceitos de «correio» e de «rede de comunicações», igualmente utilizados no artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58, que só existe «correio eletrónico» no caso do envio de uma comunicação por um utilizador a outro utilizador, através de uma empresa prestadora de serviços (como, por exemplo, um fornecedor de serviços de correio eletrónico) que procede à entrega eletrónica da comunicação no «endereço» eletrónico do segundo utilizador. No caso em apreço não se verifica um tal envio a clientes determinados, já que a exibição da publicidade é efetuada exclusivamente através de um «adserver» numa determinada área de uma página de «internet», por via de «adTags/adSlots» pré-definidos e adotados nessa página «web».
16. A favor desta perspetiva, que se orienta pelas características de uma mensagem de correio eletrónico tradicional, milita o facto de aparentemente também o legislador ter considerado, aquando da adoção da Diretiva 2002/58, a mensagem de correio eletrónico como a forma clássica de correio eletrónico, em paralelo com as mensagens SMS que expressamente refere no considerando 40 dessa mesma Diretiva 2002/58.
17. Se, na interpretação do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58, se colocar o foco nestas exigências modeladas pelas características de uma mensagem de correio eletrónico tradicional, como pareceu acertado ao tribunal de apelação, então falta neste caso um «envio» da comunicação, pelo que a publicidade na caixa de entrada não constitui uma mensagem de correio eletrónico. A publicidade recebida na caixa de entrada não é remetida por um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas a um outro utilizador por si escolhido, por intermédio de uma empresa prestadora de serviços (por exemplo, um fornecedor de serviços de correio eletrónico), para o «endereço» eletrónico (por exemplo, um endereço de correio eletrónico) do segundo utilizador, antes sendo exibida por «adserver» em determinadas áreas da caixa de entrada, no seguimento do acesso a uma conta de correio eletrónico de um utilizador escolhido aleatoriamente.
18. Contra a referida interpretação do elemento típico «envio», que parte das características de uma mensagem de correio eletrónico tradicional, defendida pelo tribunal de apelação, pode relevar o objetivo de proteção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58. Através desta disposição, que regulamenta o conceito de correio eletrónico definido no artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58 e a utilização desse mesmo correio eletrónico, pretende-se proteger os utilizadores contra a invasão da sua privacidade através de chamadas não solicitadas para fins de comercialização direta (cf. o considerando 40 da Diretiva

2002/58). Não parece que o legislador, em face do já então previsível rápido desenvolvimento técnico, tenha querido restringir o conceito de correio eletrónico, de forma estática, às formas «clássicas», à data da entrada em vigor da diretiva, de mensagem de correio eletrónico, de SMS ou de MMS. Afigura-se mais provável que, no interesse da proteção da esfera privada dos utilizadores, tenha optado por um conceito dinâmico e tecnicamente neutro, que por exemplo permita abranger também as comunicações eletrónicas no quadro das redes sociais, que só mais recentemente adquiriram relevância. Uma vez que a esfera privada dos utilizadores de meios de comunicação eletrónica pode ser invadida não apenas por via do envio de comunicações não solicitadas através das formas clássicas de comunicação eletrónica individual, como é o caso da mensagem de correio eletrónico, do SMS ou do MMS, mas também através de novas formas de comunicação eletrónica em massa, afigura-se adequado interpretar o conceito de «envio» de uma forma que não se restrinja às formas tradicionais de comunicação eletrónica, no sentido de envio de uma mensagem por um determinado utilizador a outro utilizador previamente determinado, mas sim de modo funcional, na aceção de uma divulgação.

19. A tomar como boa esta interpretação do conceito, de natureza funcional e baseada no objetivo de proteção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, então a publicidade recebida na caixa de entrada em causa no presente processo terá sido enviada, na aceção do artigo 2.º, segundo período, alínea h), da Diretiva 2002/58. O considerando 40 da Diretiva 2002/58 reforça este entendimento. Segundo o mesmo, os utilizadores de redes públicas de comunicações eletrónicas devem ser protegidos contra a invasão da sua privacidade através de comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta, porque estas formas de comunicações comerciais são relativamente baratas e fáceis de efetuar. Estas considerações aplicam-se à publicidade recebida na caixa de entrada aqui em causa.

#### **Quanto à segunda questão prejudicial**

20. Através da segunda questão prejudicial pretende-se esclarecer como deve ser entendido o pressuposto do artigo 2.º, segundo período, alínea h), da Diretiva 2002/58, nos termos do qual as comunicações podem ser armazenadas na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher.
21. O tribunal de apelação considerou que no caso da publicidade recebida na caixa de entrada aqui em causa não se verifica uma recolha, na referida aceção. Resulta do considerando 27 da Diretiva 2002/58 que a recolha da comunicação pressupõe uma atuação consciente do destinatário. O destinatário da comunicação, depois de obtido conhecimento da existência da comunicação, tem, através de uma atuação – ou seja, através de uma atuação voluntária sobre o mundo exterior –, de aceder aos dados disponibilizados «online». É decisivo que quem recolhe a comunicação, através da respetiva ordem, possa desencadear uma operação, tecnicamente programada, de transmissão dos dados. No caso em apreço não se

verifica uma recolha da comunicação, neste sentido. Pelo contrário o utilizador do serviço de correio eletrónico, com recurso a um navegador, limita-se a aceder ao referido serviço na página «web» da Deutsche Telekom, sendo o «banner» publicitário exibido em tempo real por via de um «adserver», sem que o utilizador se aperceba sequer deste procedimento e possa decidir conscientemente a favor ou contra essa exibição.

22. Esta interpretação é conforme com o possível sentido literal do conceito de «recolher», contido no artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58. Além disso, pode encontrar respaldo no considerando 27 da Diretiva 2002/58. Segundo o mesmo, a transmissão de correio eletrónico é concluída assim que o destinatário recolhe a mensagem, normalmente a partir do servidor do seu prestador de serviços. Esta formulação pode indiciar que a recolha de correio eletrónico pressupõe uma atuação do utilizador que no final é dirigida à transmissão de uma comunicação, normalmente a partir do servidor do seu prestador de serviços.
23. Segundo esta interpretação estrita, uma vez mais baseada no caso mais comum do correio eletrónico, a publicidade recebida na caixa de entrada, objeto do presente processo, não cumpre os pressupostos de um correio eletrónico, na aceção do artigo 2.º, segunda frase, alínea h), da Diretiva 2002/58. Ao aceder à sua conta de correio eletrónico na página Internet do prestador de serviços, o utilizador manifesta a sua vontade que lhe sejam exibidos e transmitidos as mensagens de correio eletrónico armazenadas no servidor do prestador de serviços. Mas segundo a experiência comum, a sua vontade normalmente não é a de que lhe sejam além disso exibidas por um «adserver», na sua caixa de entrada da conta de correio eletrónico, comunicações publicitárias.
24. O ponto de vista defendido pelo tribunal de apelação também aqui colide com uma interpretação funcional, orientada pelo objetivo de proteção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58. Nesse sentido, pretende-se que o utilizador seja protegido contra comunicações comerciais não solicitadas, que são relativamente baratas e fáceis de enviar pelo anunciante através de uma rede eletrónica de comunicação e que constituem um ónus para o utilizador (considerando 40 da Diretiva 2002/58). Tendo em conta este objetivo, afigura-se dificilmente convincente distinguir entre uma mensagem de correio eletrónico com conteúdo comercial – que até pode ser enviada em massa – e que inequivocamente se encontra abrangido pelo conceito de correio eletrónico, e a comunicação comercial em causa no presente processo. Ambas as comunicações são exibidas na caixa de entrada e, por conseguinte, na área da página Internet à qual o utilizador acede para se inteirar das mensagens de correio eletrónico que lhe são dirigidas e na qual normalmente são, de facto, exibidas mensagens de correio eletrónico. A fim de se evitar o ónus contra o qual o artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 pretende oferecer proteção também não é relevante saber se a comunicação comercial é exibida na caixa de entrada da conta de correio eletrónico por um «mailserver» do prestador de serviços ou por um «adserver» do prestador de serviços ou de uma empresa que com ele trabalhe. Mais uma vez,



afigura-se que se deve recorrer não a uma interpretação técnica, mas sim a uma interpretação funcional, de acordo com o objetivo de proteção prosseguido, que tenha em conta o ónus que certa forma de publicidade acarreta para o utilizador. Este pode residir no facto de a publicidade impugnada ser transmitida e exibida na caixa de entrada de uma conta de correio eletrónico e, por conseguinte, numa área em o que o utilizador apenas perspetiva aceder a comunicações de correio eletrónico que lhe são individualmente dirigidas.

25. Uma tal interpretação, que se orienta pelo objetivo de proteção, também é compatível com o artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58. Verifica-se uma recolha, no sentido de atuação do utilizador que se dirige, no final, a inteirar-se das comunicações que deram entrada na caixa de correio da sua conta de correio eletrónico. Segundo apurou o tribunal de apelação, a transmissão da publicidade pelo «adserver» para a caixa de entrada é desencadeada pelo facto de o utilizador aceder, na Internet, à página da sua conta de correio eletrónico, através da digitação do seu código pessoal de acesso. O facto de o utilizador em regra apenas querer aceder a mensagens de correio eletrónico particulares e de trabalho, e não também a comunicações comerciais que para si são desinteressantes ou mesmo incomodativas, como por exemplo mensagens de correio eletrónico de «spam», em nada altera o facto de existir, no final, uma atuação de recolha, através do acesso à conta de correio eletrónico na Internet.
26. A publicidade controvertida recebida na caixa de entrada estava armazenada num «adserver» e, por conseguinte na rede, até à sua exibição ser desencadeada pelo ato de «log in».
27. O considerando 27 da Diretiva 2002/58, que refere que, no caso do correio eletrónico, a transmissão é concluída assim que o destinatário recolhe a mensagem, normalmente a partir do servidor do seu prestador de serviços, não permite uma conclusão divergente. Desde logo, não se pode extrair daqui que o correio eletrónico só abrange comunicações que se encontrem armazenadas no servidor do prestador de serviços, pois resulta da utilização do advérbio «normalmente» que o legislador não quis, com esta previsão, descrever o conceito de forma taxativa, mas sim apenas descrever o caso geral. De resto, é necessário tomar em consideração o contexto normativo do considerando 27 da Diretiva 2002/58. Nesta disposição está em causa saber em que momento devem ser eliminados dados de tráfego. Assim, importa saber em que momento se dá a conclusão da transmissão de uma comunicação (cf. o artigo 6.º, n.º 1, e o considerando 26 da Diretiva 2002/58). É neste contexto que, no considerando 27 da Diretiva 2002/58, se refere que a transmissão de correio eletrónico é concluída assim que o destinatário recolhe a mensagem. Não se vislumbra que daqui se devam retirar critérios interpretativos decisivos no que concerne à proteção da privacidade do utilizador contra a comercialização direta não consentida por intermédio de correio eletrónico, que é o que está em causa no artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58.

### Quanto à terceira questão prejudicial

28. Através da terceira questão prejudicial pretende-se esclarecer se se está perante correio eletrónico, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, quando uma comunicação não é enviada a um destinatário individual determinado previamente ao momento da transmissão, mas sim exibida de forma aleatória, como sucede no caso em apreço.
29. O tribunal de apelação deu como certo que o correio eletrónico, na aceção do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG, pressupõe um envio «individual», ou seja, dirigido a um destinatário concreto, determinado previamente ao momento da transmissão, e com o qual, portanto, é possível estabelecer uma comunicação prévia acerca do consentimento para o envio. Este entendimento resulta do facto de as formas de publicidade referidas no § 7, n.º 2, ponto 2, da UWG só serem admissíveis no pressuposto da verificação de um consentimento prévio e explícito do destinatário. A exigência de um tal consentimento prévio e explícito tem como pressuposto lógico a existência de um destinatário concreto, suscetível de se pronunciar perante o anunciante no sentido de consentir ou não no envio de publicidade. Contudo, a publicidade aqui controvertida foi exibida junto de clientes do serviço de correio eletrónico gratuito, escolhidos de forma aleatória, sem que fosse possível uma comunicação prévia acerca do consentimento desses clientes.
30. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas que se possa seguir este entendimento. Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, a utilização de correio eletrónico para fins de comercialização direta apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes ou utilizadores que tenham dado o seu consentimento prévio. Contudo, não se pode extrair desta exigência, *a contrario sensu*, que são admissíveis sem consentimento todas as formas de comercialização direta através de redes de comunicação nas quais, atentos os procedimentos técnicos empregues pelo anunciante, não é possível obter o consentimento do utilizador antes da utilização de uma determinada forma de publicidade.

### Quanto à quarta questão prejudicial

31. Através da quarta questão prejudicial pretende-se esclarecer se só se verifica uma situação de utilização de correio eletrónico para fins de comercialização direta, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, caso se constate recair sobre o utilizador um ónus que constitua mais do que um incómodo – incómodo este cuja verificação o tribunal de recurso deu como assente.
32. O tribunal de apelação considerou que o sentido e o objetivo do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG, que devem ser determinados à luz do considerando 40 da Diretiva 2002/58, militam contra a aplicação desta disposição à publicidade em causa. O utilizador do serviço de correio eletrónico é incomodado através da exibição de publicidade na caixa de entrada – integrada nas novas mensagens de

correio eletrónico recebidas. Uma vez que a publicidade em causa, para um observador menos atento, se assemelha a uma mensagem de correio eletrónico e, por conseguinte, recebe mais atenção do que a publicidade que é externa à caixa de entrada, o nível de incómodo é inclusivamente superior àquele que é causado pela publicidade exibida na margem da caixa de correio. Contudo, não acarreta um ónus ou um custo, na aceção do considerando 40 da Diretiva 2002/58, que extravase esse incómodo. Assim, nomeadamente, a publicidade «in box» não é contabilizada no número de mensagens de correio eletrónico não lidas, nem ocupa memória do espaço de entrada do utilizador. De resto, atendendo às diferenças gráficas entre as mensagens de correio eletrónico e a publicidade exibida, também não se despende trabalho na separação entre comunicações eletrónicas importantes e lixo publicitário eletrónico.

33. Não é evidente se se deve ou não aderir a esta interpretação. O teor literal do considerando 40 da Diretiva 2002/58 pode relevar a favor do entendimento defendido pelo tribunal de apelação. Não se faz, aí, referência ao incómodo sofrido pelo utilizador. Pelo contrário, o que se refere é que os utilizadores de redes eletrónicas de comunicação pública devem ser protegidos contra a invasão da sua privacidade através de comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta, porque estas formas de comunicações comerciais não solicitadas podem, por um lado, ser relativamente baratas e fáceis de efetuar e, por outro, acarretar um ónus e/ou custo ao destinatário. Além disso, em certos casos o seu volume pode também provocar dificuldades às redes de comunicações eletrónicas e ao equipamento terminal. Uma vez que no caso em apreço não estão em causa nem custos para o utilizador, nem dificuldades para as redes de comunicações eletrónicas ou para os equipamentos terminais, só pode estar em causa saber se a privacidade do utilizador é afetada através da publicidade recebida na caixa de entrada. De facto, o considerando 40 da Diretiva 2002/58 não refere, pelo menos de forma expressa, que para o referido efeito baste um incómodo.
34. Por outro lado, o sentido literal do conceito de «ónus», tendo em conta a proteção da privacidade contra a comercialização direta não solicitada, também abrange a interferência incomodativa na esfera privada, manifestada no facto de o consumidor ser confrontado não (apenas) com publicidade veiculada nas áreas da Internet tradicionalmente utilizadas para o efeito, que por isso podem ser facilmente ignoradas, mas (também) com publicidade exibida na caixa de entrada da conta de correio eletrónico e, por conseguinte, numa área da página do prestador de serviços na Internet da qual constam as comunicações por correio eletrónico individualmente dirigidas ao utilizador e que, como tal, é por ele procurada com uma finalidade precisa e que portanto merece do mesmo uma especial atenção. Acresce que, segundo a experiência comum, o utilizador mais facilmente se sente individualmente interpelado por mensagens publicitárias exibidas na caixa de entrada, que se destinam a comunicações que lhe são pessoalmente dirigidas, do que por publicidade por intermédio de «banners», que geralmente é exibida na margem da página na Internet e que claramente se dirige

ao público em geral. Também esta circunstância – independentemente das mensagens e do objeto da publicidade – pode causar um maior incómodo.

35. Além disso, importa ter em consideração que uma conta de correio eletrónico protegida por código pessoal integra o núcleo privado da vida das pessoas, que se encontra protegido pelos direitos gerais de personalidade. Neste domínio, o particular deve ser protegido não apenas contra o esforço que lhe é exigido pelo facto de se ver obrigado a examinar as mensagens que lhe são dirigidas e a separar a publicidade das outras mensagens. Como emanção do seu direito de autodeterminação pessoal merece proteção, além disso, a vontade do particular de manter a sua esfera privada livre da imposição de se ver confrontado com publicidade e do efeito sugestivo que a mesma produz. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, e dos considerandos 1, 12 e 40 da Diretiva 2002/58, o artigo 13.º, n.º 1, da mesma diretiva destina-se igualmente a proteger a privacidade do utilizador no setor das comunicações eletrónicas. De resto, segundo a experiência comum, na apreciação do efeito incomodativo que um ato publicitário produz na esfera privada deve-se ter ainda em consideração que existe um risco de multiplicação do incómodo, por via da proliferação do meio publicitário em causa.
36. Uma vez que, para a interpretação do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 em função do seu objetivo de proteção é determinante a proteção da privacidade do utilizador, e não a sua salvaguarda contra a indução em erro, é irrelevante, no quadro da análise desta disposição, que o aspeto gráfico da publicidade exibida na caixa de entrada do utilizador se distinga das mensagens de correio eletrónico e que essa diferença seja ainda evidenciada pelo facto de a publicidade recebida na caixa de entrada ostentar a menção «publicidade». Além de tudo, uma vez mais de acordo com a experiência comum, o utilizador despende tempo com a receção da comunicação e a exibição da mensagem publicitária, bem como com a leitura superficial da mesma, ainda que possa reconhecer, logo à partida e de forma inequívoca, que certa comunicação comercial exibida na sua caixa de entrada constitui publicidade e colocá-la de lado. Por estas mesmas razões, os factos, salientados pelo tribunal de apelação, de a publicidade não ser contabilizada no número de mensagens de correio eletrónico não lidas do cliente nem ocupar memória do espaço de entrada do utilizador não impedem que se considere que o artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, foi violado.
37. Ao contrário do que foi decidido pelo tribunal de apelação, na determinação da verificação ou não de uma interferência na esfera privada do utilizador, até parece que acaba por fazer diferença o facto de o utilizador, em vez de ser confrontado apenas com publicidade em áreas comumente destinadas para o efeito, vê-la também numa área da página Internet do seu prestador de serviços de correio eletrónico destinada à exibição das mensagens de correio eletrónico que lhe são pessoalmente dirigidas e à qual, por isso mesmo, necessariamente dirige mais intensamente a sua atenção. Os próprios factos dados como assentes pelo tribunal de apelação apontam neste sentido. O tribunal de apelação referiu que o utilizador do serviço de correio eletrónico sofre um incómodo através da exibição de publicidade na sua caixa de entrada – integrada

nas novas mensagens de correio eletrónico recebidas. Uma vez que a publicidade em causa, para um observador menos atento, se assemelha a uma mensagem de correio eletrónico e, por conseguinte, é suscetível de receber mais atenção do que a publicidade que é externa à caixa de entrada, o nível de incómodo é superior àquele que é causado pela publicidade exibida na margem da caixa de correio. Estes factos estão em sintonia com a experiência comum.

### Quanto à quinta questão prejudicial

38. No caso em apreço admite-se que a publicidade controvertida possa ser inadmissível, à luz do § 7, n.º 2, ponto 1, da UWG. A aplicação desta disposição suscita uma questão, que importa esclarecer, relativa à interpretação do ponto 26, primeira frase, do anexo I da Diretiva 2005/29.
39. Nos termos do § 7, n.º 2, ponto 1, da UWG verifica-se um incómodo intolerável, na aceção do § 7, n.º 1, ponto 1, da UWG, quando em publicidade se recorre a um meio de comunicação à distância não enunciado nos pontos 2 e 3 desta mesma disposição e em que se faça persistentemente solicitações ao consumidor, apesar de este manifestamente não o desejar. Esta disposição destina-se à transposição do ponto 26, primeira frase, do anexo I da Diretiva 2005/29 e deve ser interpretada em consonância com a diretiva, à luz dessa norma. Nos termos do ponto 26, primeira frase, do anexo I da Diretiva 2005/29, constitui uma prática comercial agressiva, considerada desleal em quaisquer circunstâncias, fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, mensagem de correio eletrónico ou qualquer outro meio de comunicação à distância, exceto em circunstâncias que são irrelevantes para o caso em apreço e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional. No caso em apreço suscita-se uma questão relacionada com a interpretação desta disposição de direito da União, para a qual não se vislumbra resposta inequívoca.
40. Através da quinta questão prejudicial pretende-se esclarecer quais são as condições para que se esteja perante uma «solicitação», na aceção do ponto 26, primeira frase, do anexo I da Diretiva 2005/29.
41. A solicitação tem como característica verificar-se uma publicidade dirigida a um consumidor individualizado. Nesta medida, coloca-se a questão de saber se só se verifica uma publicidade individualizada configurável como solicitação nos casos em que um consumidor é contactado por via de um meio tradicional de comunicação individual, como é o caso do telefone, do fax ou do correio eletrónico, ou se basta que – como sucede no caso em apreço – se estabeleça uma relação com um cliente concreto pelo facto de a publicidade ser exibida na caixa de entrada de uma conta de correio eletrónico particular e, por conseguinte, ser publicada numa área na qual o cliente tem a expectativa de receber mensagens que lhe são dirigidas individualmente.
42. O teor da primeira frase do n.º 26 do anexo I da Diretiva 2005/29 admite ambas as interpretações. Uma vez que a publicidade recebida na caixa de entrada,



tal como já foi referido, afeta a privacidade do cliente e é mais incomodativa do que a publicidade tradicional por intermédio de «banners», exibida em áreas normalmente previstas para o efeito e sem relação direta com o consumidor, afigura-se que poderá igualmente estar em causa o objetivo de proteção desta disposição.

DOCUMENTO DE TRABALHO