

SUMARIO:**Competencia desleal. Protección de datos. Recepción no autorizada de publicidad por correo electrónico.**

A efectos de la aplicación de la Directiva 2002/58 es preciso comprobar, en primer lugar, si el tipo de comunicación utilizada con **finés de venta directa** figura entre las contempladas en esa disposición; en segundo lugar, si tal comunicación tiene como finalidad la venta directa, y, en tercer lugar, si se ha cumplido el requisito del **consentimiento previo del usuario**, que debe traducirse, como mínimo, en una manifestación de voluntad libre, específica e informada por parte del interesado. En la medida en que los mensajes publicitarios controvertidos ocupan filas de la bandeja de entrada que están normalmente reservadas a los correos electrónicos privados, y debido a su semejanza con estos últimos, existe un **riesgo de confusión** entre estas dos categorías de mensajes que puede llevar a que el usuario que haga clic en la fila de un mensaje publicitario sea redirigido contra su voluntad a un sitio de Internet que muestra la publicidad en cuestión, en lugar de seguir consultando sus correos electrónicos privados. Una actividad publicitaria como la controvertida en el litigio principal conlleva, sin lugar a dudas, una **carga para el usuario** afectado en la medida en que la aparición de los mensajes publicitarios en la lista de correos electrónicos privados del usuario, al obstaculizar el acceso a esos correos electrónicos de una manera análoga a como lo hacen los correos electrónicos no solicitados (*spam*), requiere que el abonado adopte un mismo tipo de decisión respecto al tratamiento de dichos mensajes.

La Directiva 2005/29 lleva a cabo una armonización completa a escala de la Unión de las reglas relativas a las **prácticas comerciales desleales** de las empresas en sus relaciones con los consumidores y establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo a su artículo 5.5, se consideran desleales «**en cualquier circunstancia**». En consecuencia, como indica expresamente su considerando 17, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales como tales, sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. El efecto que producen los mensajes controvertidos es similar al de una **venta directa individualizada**, con independencia de que el anunciante, en el momento de la preparación técnica del mensaje en cuestión, haya individualizado o no ese destinatario específico y con independencia de que este mensaje se haya tratado o no de un modo diferente con respecto a los correos electrónicos en lo referente al espacio de almacenamiento y a las funcionalidades vinculadas al tratamiento de un verdadero correo electrónico.

En virtud de lo expuesto, **el Tribunal de Justicia declara que:**

1) **El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que constituye una «utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido de la referida disposición, la inserción en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica de mensajes publicitarios en una forma semejante a la de los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichos mensajes ni la determinación del grado de intensidad de la carga impuesta a ese usuario tengan incidencia al respecto, no estando autorizada esa utilización a menos que el citado usuario haya sido informado con claridad y precisión de las fórmulas de difusión de tal publicidad, en particular, dentro de la lista de los correos electrónicos privados recibidos, y haya manifestado su consentimiento de forma específica y con pleno conocimiento de causa para recibir tales mensajes publicitarios.

2) **El anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que una actividad consistente en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica, en una forma semejante a la de

los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, tiene cabida en el concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes» a los usuarios de servicios de mensajería electrónica en el sentido de esta disposición cuando la inserción de esos mensajes publicitarios, por un lado, tenga un carácter suficientemente frecuente y regular para poder calificarse de «proposiciones persistentes» y, por otro lado, quepa calificarla de «proposiciones no solicitadas» al no darse el consentimiento del referido usuario con carácter previo a esa inserción.

PRECEPTOS:

Directiva 95/46/CE (Protección de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos), art. 2 h).

Directiva 2002/58/CE (Privacidad y comunicaciones electrónicas), arts. 1.1, 2 y 13.1.

Directiva 2005/29/CE (Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), arts. 5, 8 y anexo I.26.

Reglamento (UE) 2016/679 (tratamiento de datos personales), arts. 4.11 y 94.2.

PONENTE:

Doña L. S. Rossi.

En el asunto C-102/20,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), mediante resolución de 30 de enero de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de febrero de 2020, en el procedimiento entre

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

y

eprimo GmbH,

con intervención de:

Interactive Media CCSP GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por la Sra. A. Prechal, Presidenta de la Sala Segunda, en funciones de Presidenta de la Sala Tercera, y los Sres. J. Passer y F. Biltgen, la Sra. L. S. Rossi (Ponente) y el Sr. N. Wahl, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Richard de la Tour;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de eprimo GmbH, por el Sr. R. Hall, Rechtsanwalt;
- en nombre de Interactive Media CCSP GmbH, por los Sres. D. Frey y M. Rudolph, Rechtsanwälte;
- en nombre del Gobierno portugués, por el Sr. L. Inez Fernandes y las Sras. A. Guerra y P. Barros da Costa, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. C. Hödlmayr, F. Wilman, N. Ruiz García y S. Kaléda, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 24 de junio de 2021;

dicta la siguiente

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, párrafo segundo, letra h), y 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 11; en lo sucesivo, «Directiva 2002/58»), y del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, L 149, p. 22).

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (en lo sucesivo, «StWL») y eprimo GmbH, dos sociedades que suministran electricidad a clientes finales, en relación con una actividad publicitaria que, por encargo de eprimo, llevó a cabo Interactive Media CCSP GmbH, consistente en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de los usuarios del servicio de mensajería electrónica gratuita «T-Online».

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3. Los considerandos 4 y 40 de la Directiva 2002/58 tienen el siguiente tenor:

«(4) La Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones [DO 1998, L 24, p. 1], tradujo los principios establecidos en la Directiva 95/46/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO 1995, L 281, p. 31)] en normas concretas para el sector de las telecomunicaciones. La Directiva 97/66/CE debe ser adaptada al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas para que el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público sea el mismo, con independencia de las tecnologías utilizadas. Procede, pues, derogar dicha Directiva y sustituirla por la presente.

[...]

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

4. El artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva establece lo siguiente:

«1. La presente Directiva establece la armonización de las disposiciones nacionales necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la [Unión Europea].»

5. A tenor del artículo 2, párrafo segundo, letras d), f), y h), de la citada Directiva, titulado «Definiciones»:

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

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

[...]

f) “consentimiento” de un usuario o abonado: el consentimiento del interesado, con arreglo a la definición de la Directiva 95/46/CE;

[...]

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

6. El artículo 13, apartado 1, de la misma Directiva, titulado «Comunicaciones no solicitadas», dispone lo siguiente:

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

7. El considerando 67 de la Directiva 2009/136 tiene el siguiente tenor:

«Las garantías ofrecidas a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa mediante correo electrónico deben ser aplicables también a los SMS, MMS y otros tipos de aplicaciones similares.»

8. El artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

h) consentimiento del interesado”: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan.»

9. El artículo 94, apartado 2, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO 2016, L 119, p. 1; corrección de errores en DO 2018, L 127, p. 3, y en DO 2021, L 74, p. 35), cuyo epígrafe es «Derogación de la Directiva 95/46/CE», establece:

«Toda referencia a la Directiva derogada se entenderá hecha al presente Reglamento. [...]»

10. El artículo 4, punto 11, de dicho Reglamento tiene el siguiente tenor:

«A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

[...]

11) “consentimiento del interesado”: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

11. A tenor del considerando 17 de la Directiva 2005/29:

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

12. El artículo 5 de dicha Directiva dispone:

- «1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.
2. Una práctica comercial será desleal si:

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

y

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

[...]

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

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

o

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

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

13. El artículo 8 de la citada Directiva establece:

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

14. El punto 26 del anexo I de la misma Directiva, que contiene la lista de las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia, dispone lo siguiente:

«Prácticas comerciales agresivas

[...]

(26). Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio [...] de las Directivas 95/46/CE y [2002/58].»

Derecho alemán

15. El artículo 3, apartados 1 y 2, de la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal, de 3 de julio de 2004, BGBl. 2004 I, p. 1414; en lo sucesivo, «Ley contra la competencia desleal»), en su versión aplicable al litigio principal, tiene el siguiente tenor:

«(1) Quedan prohibidas las prácticas comerciales desleales.

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

16. De conformidad con el artículo 5a, apartado 6, de la Ley contra la competencia desleal, titulado «Engaño por omisión»:

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

17. El artículo 7 de la Ley contra la competencia desleal dispone lo siguiente:

«(1) Las prácticas comerciales que causen una molestia inaceptable a un participante en el mercado quedan prohibidas. Lo anterior se aplicará en particular a la publicidad cuando resulte manifiesto que el participante en el mercado al que se dirige no la desea.

(2) Se presumirá en todo caso que se produce una molestia inaceptable:

1.. en caso de publicidad que implique la utilización de un medio de comunicación comercial a distancia no mencionado en los puntos 2 y 3 de esta disposición, cuando realice proposiciones al consumidor de forma persistente pese a que resulta manifiesto que este no lo desea;

[...]

3. en caso de publicidad que entrañe la utilización de aparatos de llamada automática, de un fax o del correo electrónico, cuando carezca del consentimiento expreso previo del destinatario, o

4. en caso de publicidad en forma de mensaje

a) cuando al enviarlo se oculte o se disimule la identidad del emisor por cuenta de quien se efectúa la comunicación [...]

[...]»

18. El artículo 8 de la Ley contra la Competencia Desleal establece:

«(1) Podrá ejercitarse una acción de cesación y, en caso de riesgo de reiteración, una acción de prohibición contra cualquier persona que haya realizado una conducta comercial ilícita en virtud del artículo 3 o del artículo 7. La acción de cesación podrá ejercitarse desde el momento en que exista un riesgo de que se produzca tal conducta ilícita en el sentido del artículo 3 o del artículo 7.

[...]

(3) Las acciones a las que hace referencia el apartado 1 podrán ser ejercitadas:

1. Por cualquier competidor;

[...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

19. De la resolución de remisión se desprende que StWL y eprimo son dos proveedores de electricidad competidores. Por encargo de eprimo, Interactive Media CCSP, una agencia de publicidad, envió anuncios publicitarios a los buzones de correo electrónico de usuarios del servicio de mensajería electrónica T-Online. Este servicio se financia mediante la publicidad que pagan los anunciantes y se ofrece gratuitamente a los usuarios.

20. Esos anuncios publicitarios aparecieron en la bandeja de entrada de los buzones de correo electrónico privado de los referidos usuarios, es decir, en la sección en la que los correos electrónicos recibidos aparecen en forma de lista, incluyéndose entre los correos electrónicos recibidos.

21. De este modo, los usuarios recibieron mensajes publicitarios en sus bandejas de entrada los días 12 de diciembre de 2016, 13 de enero de 2017 y 15 de enero de 2017. En las bandejas aparecieron entradas que visualmente solo se distinguían de la lista de los otros correos electrónicos del usuario de la cuenta por el hecho de que la fecha se sustituía por la mención «Anzeige» (anuncio), no se hacía referencia a ningún remitente y el texto aparecía sobre un fondo gris. El campo «Objeto» correspondiente a esta entrada de lista contenía un texto destinado a la promoción de los precios en oferta de los servicios de electricidad y de gas.

22. Desde un punto de vista técnico, un código JavaScript de un servidor de anuncios (TAG) se asocia al sitio en cuestión de la bandeja de entrada en la página web consultada por el usuario de dicho buzón de correo electrónico. Así, cuando el usuario abre la página web, se envía una solicitud (*Adrequest*) al servidor de anuncios para que este seleccione de forma aleatoria un anuncio publicitario de una cesta integrada por los anunciantes y la transmita, de forma que se visualice en la bandeja de entrada del usuario. Si el usuario hace clic en la publicidad que se le muestra, la acción se transmite al servidor de anuncios, que registra el clic y redirige el navegador a la página del anunciante.

23. La funcionalidad del servicio de mensajería electrónica T-Online da un tratamiento diferente a la entrada del mensaje publicitario en cuestión en la bandeja de entrada de los usuarios de dicho servicio que el que da a los correos ordinarios: este mensaje publicitario, que aparece en forma de correo electrónico, puede suprimirse de la lista, pero no puede archivar, ni modificarse, ni transferirse y no es posible responderlo.

Finalmente, el referido mensaje publicitario no se contabiliza en el número total de correos electrónicos que figuran en la bandeja de entrada y tampoco ocupa espacio de almacenamiento alguno en ella.

24. StWL consideró que esta práctica publicitaria que implicaba la utilización del correo electrónico sin el consentimiento expreso previo del destinatario era contraria a las normas sobre competencia desleal, en la medida en que constituía una «molestia inaceptable» en el sentido del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la Ley contra la competencia desleal y que era engañosa en el sentido del artículo 5a, apartado 6, de la misma Ley. Por este motivo, StWL ejerció una acción de cesación contra eprimo ante el Landgericht Nürnberg-Fürth (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Núremberg-Fürth, Alemania). Este órgano jurisdiccional estimó la demanda de StWL y ordenó a eprimo, con apercibimiento de multa coercitiva, que dejara de enviar a los consumidores finales, a través de las cuentas de mensajería electrónica de T-online.de, publicidad de esa naturaleza relacionada con la distribución de electricidad.

25. A raíz del recurso de apelación interpuesto por eprimo ante el Oberlandesgericht Nürnberg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Núremberg, Alemania), este último tribunal consideró que la objetada inserción de la publicidad en la bandeja de entrada de los buzones de correo electrónico privados T-Online no era, a la luz del Derecho de la competencia, una práctica comercial ilícita.

26. En particular, según dicho órgano jurisdiccional, por una parte, la publicidad de la demandada no constituía una molestia inaceptable que implicase la utilización del «correo electrónico», en el sentido del artículo 7, apartado 2, punto 3, de la Ley contra la competencia desleal, puesto que esta publicidad no podía tener la consideración de «correo electrónico» en el sentido de esta disposición. En cualquier caso, la publicidad a que se refiere el litigio principal no entrañaba, para el usuario del servicio de mensajería electrónica T-Online, cargas o costes que fueran más allá de la molestia «normal» que ocasiona cualquier publicidad ni daba lugar, por lo tanto, a una «molestia inaceptable» en el sentido de la disposición general del artículo 7, apartado 1, primera frase, de la Ley contra la competencia desleal, en particular, teniendo en cuenta el carácter gratuito del servicio de mensajería electrónica.

27. Por otra parte, este mismo órgano jurisdiccional consideró que la publicidad en cuestión no era ilícita con arreglo al artículo 7, apartado 2, punto 4, letra a), de la Ley contra la competencia desleal, pues no se trataba de publicidad en forma de mensajes. El artículo 7, apartado 2, punto 1, de la Ley contra la competencia desleal tampoco era aplicable, en su opinión, pues presupone una «proposición», en el sentido de un «proceder que importuna» a un consumidor, que no se da en el presente asunto. Por otra parte, en la medida en que los anuncios de la demandada no disimulaban su carácter publicitario, no podían tacharse de desleales por ser engañosos en el sentido del artículo 5a, apartado 6, de la Ley contra la competencia desleal.

28. El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), que conoce del recurso de casación interpuesto por StWL, considera que el resultado del recurso depende de la interpretación de los artículos 2, párrafo segundo, letras d) y h), y 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 y del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

29. En tal sentido, según el órgano jurisdiccional remitente, el comportamiento que se reprocha a eprimo podría ser ilícito con arreglo al artículo 7, apartado 2, punto 3, de la Ley contra la competencia desleal, que transpone el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Señala que cabe igualmente la posibilidad de que la publicidad sea ilícita con arreglo al artículo 7, apartado 2, punto 1, de la Ley contra la competencia desleal, que transpone el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

30. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente desea que el Tribunal de Justicia le proporcione aclaraciones sobre los criterios que rigen el concepto de «correo electrónico» en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58 y sobre el concepto de «utilización» de este con fines de venta directa en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la misma Directiva. Asimismo, este órgano jurisdiccional solicita al Tribunal de Justicia que precise los criterios de una «proposición» en el sentido del Anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

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

«1) ¿Existe un “envío” en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58 cuando un mensaje no es transmitido por un usuario de un servicio de comunicación electrónica a otro usuario, a través de una empresa de servicios, a la “dirección” electrónica del segundo usuario, sino que es insertado de manera automatizada por un servidor de anuncios al abrirse la página de Internet de una cuenta de correo electrónico protegida con contraseña, 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) ¿Supone el acceso a un mensaje, en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, letra h), de la Directiva 2002/58, que el destinatario, tras tener conocimiento de la existencia de un mensaje, activa, mediante una petición voluntaria de acceso, una transmisión de los datos del mensaje en virtud de un programa preestablecido o basta con que la aparición del mensaje en la bandeja de entrada de una cuenta de correo electrónico se produzca por el hecho de que el usuario abra la página de Internet de su cuenta de correo electrónico protegida por una contraseña?

3). ¿Constituye también un correo electrónico en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 un mensaje que no se envía a un destinatario concreto ya identificado antes de la transmisión sino que aparece insertado en la bandeja de entrada de un usuario seleccionado de forma aleatoria?

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

5) ¿Existe una publicidad individual que satisface los criterios de una “proposición” en el sentido del punto 26, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29 únicamente cuando se contacta con el cliente a través de un medio destinado tradicionalmente a la comunicación individual entre un remitente y un destinatario, o basta con que, como en el caso de la publicidad efectuada en el presente asunto, se establezca la conexión con un individuo mediante la inserción de la publicidad en la bandeja de entrada de una cuenta de correo electrónico privada, y por tanto, en un lugar en el que el cliente espera encontrar mensajes que van dirigidos a él individualmente?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Cuestiones prejudiciales primera a cuarta

32. Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a cuarta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, por una parte, si los artículos 2, letra h), y 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 deben interpretarse en el sentido de que se satisfacen los criterios del concepto de «correo electrónico» en el sentido de las referidas disposiciones cuando, a raíz de la apertura de la página de Internet de una cuenta de correo electrónico protegida con contraseña se muestra un mensaje publicitario en determinados espacios, previstos a tales efectos, de la bandeja de entrada electrónica de un usuario seleccionado de forma aleatoria y, por otra parte, si el artículo 13, apartado 1, de la referida Directiva debe interpretarse en el sentido de que tal actividad publicitaria tiene cabida en el concepto de «utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa», en el sentido de esa disposición, que exige que el usuario de la mensajería electrónica en cuestión haya dado su consentimiento previo a tal actividad, únicamente si se constata que la carga ocasionada al usuario va más allá de una molestia.

33. Para responder a estas cuestiones, ha de recordarse que, a tenor de su artículo 1, apartado 1, la Directiva 2002/58 establece, entre otros extremos, la armonización de las disposiciones nacionales necesaria para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular,

del derecho a la intimidad y la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas.

34. Como se indica en el considerando 40 de dicha Directiva, esta tiene por objeto, en particular, ofrecer garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los de SMS.

35. El artículo 2, letra d), de la Directiva 2002/58 establece una definición amplia del concepto de «comunicación» que incluye cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.

36. A este respecto, el artículo 13, apartado 1, de la misma Directiva, titulado «Comunicaciones no solicitadas», autoriza la utilización de distintos tipos de comunicación, a saber, los sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), el fax o el correo electrónico, con fines de venta directa, a condición de que se dirija a aquellos abonados o usuarios que hayan dado su consentimiento previo.

37. Por lo tanto, a efectos de la aplicación de esta disposición, es preciso comprobar, en primer lugar, si el tipo de comunicación utilizada con fines de venta directa figura entre las contempladas en esa disposición; en segundo lugar, si tal comunicación tiene como finalidad la venta directa, y, en tercer lugar, si se ha cumplido el requisito del consentimiento previo del usuario.

38. Por lo que respecta, en primer lugar, a los medios de comunicación electrónica mediante los cuales se llevan a cabo actividades publicitarias de venta directa, es preciso destacar, con carácter preliminar, que, como observó el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, la lista de medios de comunicación mencionados en el considerando 40 y en el artículo 13, apartado 1, de dicha Directiva no tiene carácter exhaustivo.

39. En efecto, por un lado, la Directiva 2009/136, que modificó la Directiva 2002/58, se refiere, en su considerando 67, a formas de comunicación distintas de las mencionadas en la Directiva 2002/58 al afirmar que las garantías ofrecidas a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa mediante correo electrónico «deben ser aplicables también a los SMS, MMS y otros tipos de aplicaciones similares». Por otro lado, como se indica en el considerando 4 de la Directiva 2002/58, el objetivo de asegurar un mismo nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público debe garantizarse «con independencia de las tecnologías utilizadas», lo que confirma que ha de partirse de una concepción amplia y evolutiva desde el punto de vista tecnológico del tipo de comunicaciones a las que se refiere aquella Directiva.

40. Sentado lo anterior, procede advertir que, en este caso, el mensaje publicitario controvertido en el litigio principal se envió a las personas afectadas utilizando uno de los medios de comunicación expresamente contemplados en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, a saber, el correo electrónico.

41. A este respecto, en efecto, desde el punto de vista del destinatario, dicho mensaje publicitario se mostró en la bandeja de entrada del usuario de la mensajería electrónica, o lo que es lo mismo, en un espacio normalmente reservado a los correos electrónicos privados. El usuario únicamente puede vaciar este espacio para tener una visión de conjunto de sus correos electrónicos exclusivamente privados tras comprobar el contenido de ese mismo mensaje publicitario y solo una vez que lo ha suprimido de forma activa. Si el usuario hace clic en un mensaje publicitario como el controvertido en el litigio principal, es redirigido a un sitio de Internet que contiene la publicidad en cuestión, en lugar de seguir leyendo sus correos electrónicos privados.

42. Así pues, a diferencia de los anuncios publicitarios o de las ventanas publicitarias, que aparecen al margen de la lista de mensajes privados o separados de estos, la aparición de los mensajes publicitarios controvertidos en el litigio principal en la lista de correos electrónicos privados del usuario obstaculiza el acceso a estos correos de una manera análoga a como lo hacen los correos electrónicos no solicitados (también llamados «spam»), en la medida en que tal actividad requiere que el abonado adopte un mismo tipo de decisión respecto al tratamiento de dichos mensajes.

43. Por otra parte, como destacó el Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones, en la medida en que los mensajes publicitarios ocupan filas de la bandeja de entrada que están normalmente reservadas a los correos electrónicos privados y debido a su semejanza con estos últimos, existe un riesgo de confusión entre estas dos categorías de mensajes que puede llevar a que el usuario que haga clic en la fila de un mensaje publicitario sea redirigido contra su voluntad a un sitio de Internet que muestra la publicidad en cuestión, en lugar de seguir consultando sus correos electrónicos privados.

44. Pues bien, como observó la Comisión, en caso de que figuren entradas publicitarias de cualquier tipo en la bandeja de entrada de la mensajería de Internet, a saber, en la sección en la que se muestra el conjunto de correos electrónicos dirigidos al usuario, procede considerar que esta bandeja de entrada constituye el medio a través del cual se comunican al usuario los mensajes publicitarios en cuestión, lo que implica la utilización de su correo electrónico con fines de venta directa en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Dicho de otro modo, la parte demandada y la coadyuvante en el litigio principal, al igual que el proveedor de mensajería electrónica implicados, se sirven de la existencia de la lista de correos electrónicos privados —teniendo en cuenta el interés y la confianza que el abonado deposita en esa lista— para emplazar su publicidad directa dando a esta el aspecto de un verdadero correo electrónico.

45. Tal proceder constituye una utilización del correo electrónico, en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, capaz de menoscabar el objetivo perseguido por esta disposición de ofrecer garantías a los usuarios contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa.

46. En estas circunstancias, resulta superflua la cuestión de si unos mensajes publicitarios como los controvertidos en el litigio principal cumplen por sí solos los criterios que permiten calificarlos de «correo electrónico» en el sentido del artículo 2, letra h), de dicha Directiva, puesto que estos fueron remitidos a las personas afectadas a través de su buzón de correo electrónico y, por consiguiente, de su correo electrónico.

47. Por lo que respecta, en segundo lugar, a si las comunicaciones a que se refiere el artículo 13, apartado 1, de la citada Directiva tienen como finalidad la venta directa, procede comprobar si tal comunicación persigue un fin comercial y se dirige directa e individualmente a un consumidor.

48. En el presente asunto, la propia naturaleza de los mensajes publicitarios controvertidos en el litigio principal, cuyo objeto es la promoción de servicios, y el hecho de que se difundan en forma de correo electrónico, de modo que aparecen directamente en la bandeja de entrada de la mensajería electrónica privada del usuario en cuestión, permiten calificar esos mensajes de comunicaciones dirigidas a la venta directa en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

49. El hecho de que el destinatario de esos mensajes publicitarios se elija de forma aleatoria, circunstancia que se evoca en el marco de la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no desvirtúa tal conclusión.

50. Basta con destacar, a este respecto, al igual que hizo el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, que la selección aleatoria o predefinida del destinatario no constituye un requisito para la aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58. Dicho con otras palabras, carece de relevancia que la publicidad en cuestión esté dirigida a un destinatario predeterminado e identificado de forma individual o que se trate de una difusión masiva y aleatoria entre múltiples destinatarios. Lo relevante es que exista una comunicación con fines comerciales que llega directa e individualmente a uno o varios usuarios de servicios de mensajería electrónica al insertarse en la bandeja de entrada de su cuenta de correo electrónico.

51. Pues bien, los destinatarios de tales mensajes publicitarios están individualizados, en particular, como usuarios de un proveedor concreto de mensajería electrónica, en la medida en que el usuario solo consigue acceder a su bandeja de entrada tras indicar sus datos de registro y su contraseña. Por consiguiente, la visualización tiene lugar al término de este procedimiento de autenticación por parte del usuario en un espacio privado que le está reservado y que se destina a la consulta de contenidos privados en forma de correos electrónicos.

52. En tercer lugar, por lo que respecta precisamente a la exigencia del consentimiento previo, establecida en el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, procede recordar que si una comunicación entra dentro del ámbito de aplicación de esta disposición, estará autorizada siempre que su destinatario la haya consentido previamente.

53. A este respecto, del artículo 2, párrafo segundo, letra f), de la Directiva 2002/58, en relación con el artículo 94, apartado 2, del Reglamento n.º 2016/679, se infiere que ese consentimiento debe cumplir los requisitos derivados del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 o del artículo 4, punto 11, de este Reglamento, en función de que sea una u otra de estas dos normas la aplicable *ratione temporis* a los hechos del litigio principal.

54. El artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 define el término «consentimiento» como «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan».

55. Este mismo requisito se aplica también en el marco del Reglamento 2016/679. En efecto, el artículo 4, punto 11, de dicho Reglamento define el «consentimiento del interesado» en el sentido de exigir una manifestación de voluntad «libre, específica, informada e inequívoca» del interesado, en forma de una declaración o de «una clara acción afirmativa», que indique su aceptación del tratamiento de datos personales que le conciernen.

56. Por lo que respecta a una acción de cesación de una práctica comercial ilícita como la controvertida en el litigio principal, no puede excluirse, como observó el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, que, en el supuesto de que el procedimiento iniciado por StWL persiguiera el cese del comportamiento de eprimo para el futuro, el Reglamento n.º 2016/679 resulte también aplicable *ratione temporis* al litigio principal, pese a que los hechos que lo originan sean anteriores al 25 de mayo de 2018, fecha en la que el referido Reglamento devino aplicable al hacerse efectiva la derogación de la Directiva 95/46 a partir de esa misma fecha.

57. De lo anterior se deduce que tal consentimiento debe traducirse, como mínimo, en una manifestación de voluntad libre, específica e informada por parte del interesado.

58. En el presente asunto, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que, con ocasión del procedimiento de registro de la dirección de correo electrónico de que se trata en el litigio principal, el servicio de mensajería electrónica T-Online se ofertó a los usuarios en forma de dos categorías de servicios de mensajería, a saber, por un lado, un servicio gratuito de mensajería, financiado mediante la publicidad y, por otro, un servicio de mensajería de pago, sin publicidad. Así, los usuarios que optan por la gratuidad del servicio, como ocurre en el asunto principal, supuestamente aceptan recibir anuncios publicitarios para no pagar contraprestación a cambio de la utilización de este servicio de mensajería electrónica.

59. A este respecto, incumbe, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente determinar si, al optar por la gratuidad del servicio de mensajería electrónica T-Online, el usuario en cuestión fue debidamente informado de los procedimientos precisos de difusión de tal publicidad y consintió efectivamente en recibir mensajes publicitarios como los controvertidos en el litigio principal. En particular, es preciso cerciorarse, por un lado, de que ese usuario ha sido singularmente informado, con claridad y precisión, del hecho de que, dentro de la lista de los correos electrónicos privados recibidos, se muestran mensajes publicitarios y, por otro lado, de que manifestó su consentimiento de forma específica y con pleno conocimiento de causa para recibir tales mensajes publicitarios (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 2020, Orange Romania, C-61/19, EU:C:2020:901, apartado 52).

60. Por último, en respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, mediante la cual el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, para calificar una actividad publicitaria como la controvertida en el litigio principal de «utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, es preciso comprobar que la carga ocasionada al usuario va más allá de una molestia, se ha de precisar que dicha Directiva no impone la observancia de una exigencia de esa índole.

61. En efecto, como señaló el Abogado General en el punto 62 de sus conclusiones, del considerando 40 de esta Directiva se desprende que la exigencia de recabar un consentimiento previo establecida en esta disposición se explica sobre todo por el hecho de que las comunicaciones no solicitadas efectuadas con fines de venta directa pueden «conllevar una molestia e incluso un coste para el receptor». Dado que tales comunicaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58, no es necesario comprobar, por lo tanto, si la carga que se deriva de ellas para el destinatario va más allá de una molestia.

62. En el presente asunto, consta además que una actividad publicitaria como la controvertida en el litigio principal conlleva, sin lugar a dudas, una carga para el usuario afectado en la medida en que, como se ha señalado en el apartado 42 de la presente sentencia, la aparición de los mensajes publicitarios en la lista de correos electrónicos privados del usuario, al obstaculizar el acceso a esos correos electrónicos de una manera análoga a como lo hacen los correos electrónicos no solicitados (*spam*), requiere que el abonado adopte un mismo tipo de decisión respecto al tratamiento de dichos mensajes.

63. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a cuarta que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58 debe interpretarse en el sentido de que constituye una «utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido de la referida disposición, la inserción en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica de mensajes publicitarios en una forma semejante a la de los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichos mensajes ni la determinación del grado de intensidad de la carga impuesta a ese usuario tengan incidencia al respecto, no estando autorizada esa utilización a menos que el citado usuario haya sido informado con claridad y precisión de las fórmulas de difusión de tal publicidad, en particular, dentro de la lista de los correos electrónicos privados recibidos, y haya manifestado su consentimiento de forma específica y con pleno conocimiento de causa para recibir tales mensajes publicitarios.

Quinta cuestión prejudicial

64. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que una actividad consistente en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica, en una forma semejante a la de los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, tiene cabida en el concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes» a los usuarios de servicios de mensajería electrónica en el sentido de dicha disposición.

65. El artículo 5 de esa Directiva prohíbe, en su apartado 1, las prácticas comerciales desleales y, en su apartado 2, establece los criterios que permiten determinar si una práctica comercial reviste carácter desleal.

66. El artículo 5, apartado 4, de la citada Directiva precisa, a continuación, que, en particular, son desleales las prácticas comerciales que sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29 y las que sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9 de aquella.

67. A este respecto, debe recordarse que la Directiva 2005/29 lleva a cabo una armonización completa a escala de la Unión de las reglas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esa Directiva, se consideran desleales «en cualquier circunstancia». En consecuencia, como se indica expresamente en el considerando 17 de dicha Directiva, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales como tales, sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la misma Directiva (sentencia de 2 de septiembre de 2021, Peek & Cloppenburg, C-371/20, EU:C:2021:674, apartado 34 y jurisprudencia citada).

68. Así, con arreglo al anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, se califica de «práctica comercial desleal en cualquier circunstancia», en calidad de práctica comercial agresiva, el que un comerciante «[realice] proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual».

69. Pues bien, como se ha señalado en los apartados 48, 50 y 51 de la presente sentencia, debe considerarse que un mensaje publicitario como el controvertido en el litigio principal se dirige directa e individualmente al usuario interesado en la medida en que, al difundirse en forma de correo electrónico, aparece directamente en la bandeja de entrada de la mensajería electrónica privada del usuario en cuestión, en un espacio privado, protegido con contraseña, que le está reservado y en el que únicamente espera recibir mensajes que se le envían individualmente.

70. Por ello, como señaló el Abogado General en el punto 71 de sus conclusiones, el efecto que produce ese mensaje es, pues, similar al de una venta directa individualizada, con independencia de que el anunciante,

en el momento de la preparación técnica del mensaje en cuestión, haya individualizado o no ese destinatario específico y con independencia de que este mensaje se haya tratado o no de un modo diferente con respecto a los correos electrónicos en lo referente al espacio de almacenamiento y a las funcionalidades vinculadas al tratamiento de un verdadero correo electrónico.

71. En estas circunstancias, procede considerar que tal mensaje publicitario constituye una «proposición» a los usuarios de servicios de mensajería electrónica, en el sentido del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

72. Dicho esto, es preciso comprobar además si tal proposición es «no solicitada y persistente», de modo que, en virtud de la referida disposición, deba prohibirse en cualquier circunstancia.

73. A este respecto, se ha de concluir, por un lado, que, como se ha recordado en el apartado 21 de la presente sentencia, los usuarios afectados recibieron mensajes publicitarios en la bandeja de entrada de sus buzones electrónicos privados en tres ocasiones, a saber, el 12 de diciembre de 2016, el 13 de enero de 2017 y el 15 de enero de 2017, respectivamente. En tales circunstancias, una proposición de esa naturaleza, teniendo en cuenta además su frecuencia en un lapso de tiempo limitado, debe considerarse «persistente» en el sentido del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, según hizo constar el órgano jurisdiccional remitente.

74. Por otra parte, en lo que atañe al carácter «no solicitado» —en el sentido de ese mismo punto 26— de tal actividad publicitaria, debe comprobarse si la inserción de un mensaje publicitario como el controvertido en el litigio principal cumple este requisito, teniendo en cuenta la existencia o no de un consentimiento dado por ese usuario con anterioridad a esa inserción y la eventual oposición a tal proceder publicitario formulada por el referido usuario. Tal oposición resultó demostrada en el litigio principal, como constató el órgano jurisdiccional remitente.

75. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que una actividad consistente en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica, en una forma semejante a la de los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, tiene cabida en el concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes» a los usuarios de servicios de mensajería electrónica en el sentido de esta disposición cuando la inserción de esos mensajes publicitarios, por un lado, tenga un carácter suficientemente frecuente y regular para poder calificarse de «proposiciones persistentes» y, por otra parte, quepa calificarla de «proposiciones no solicitadas» al no darse el consentimiento del referido usuario con carácter previo a esa inserción.

Costas

76. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que constituye una «utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa» en el sentido de la referida disposición, la inserción en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica de mensajes publicitarios en una forma semejante a la de los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, sin que la determinación aleatoria de los destinatarios de dichos mensajes ni la determinación del grado de intensidad de la carga impuesta a ese usuario tengan incidencia al respecto, no estando autorizada esa utilización a menos que el citado usuario haya sido informado con claridad y precisión de las fórmulas de difusión de tal publicidad, en particular, dentro de la lista de los correos electrónicos privados recibidos, y haya manifestado su consentimiento de forma específica y con pleno conocimiento de causa para recibir tales mensajes publicitarios.

2) El anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que una actividad consistente en la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica, en una forma semejante a la de los verdaderos correos electrónicos y en la misma ubicación que estos, tiene cabida en el concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes» a los usuarios de servicios de mensajería electrónica en el sentido de esta disposición cuando la inserción de esos mensajes publicitarios, por un lado, tenga un carácter suficientemente frecuente y regular para poder calificarse de «proposiciones persistentes» y, por otro lado, quepa calificarla de «proposiciones no solicitadas» al no darse el consentimiento del referido usuario con carácter previo a esa inserción.

Firmas

* Lengua de procedimiento: alemán.

Fuente sitio en internet del Tribunal de Justicia