

EL “INBOX ADVERTISING” A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN SEGÚN LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (“TJUE”) EN EL ASUNTO StWL V. EPRIMO (C-102/20)

El pasado 25 de noviembre de 2021, el TJUE dictó la sentencia objeto de esta nota, la cual es resultado de la petición de una decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (en adelante, el “Tribunal Supremo Alemán”), a través de una resolución de fecha 30 de enero de 2020.

1. Objeto y ámbito de la petición prejudicial

El Tribunal Supremo Alemán llega al extremo de tener que realizar la petición de decisión prejudicial al TJUE al albergar dudas sobre la interpretación de los artículos 2, párrafo segundo, letra h)¹, y 13, apartado 1², de la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002 y respecto del anexo I, punto 26³, de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005.

Las dudas interpretativas del Tribunal Supremo Alemán nacen en el contexto de un litigio entre **StWL** y **eprimo** (empresas competidoras del mercado eléctrico) en relación con la inserción de mensajes publicitarios por parte de esta última en la bandeja de entrada de los usuarios del servicio de mensajería electrónica gratuita “T-Online”. De este modo, eprimo envió anuncios publicitarios que aparecían como correos electrónicos recibidos en la bandeja de entrada de los usuarios, lo que hizo plantearse a StWL si dicha utilización del correo electrónico era lícita.

En el anterior contexto, el Tribunal Supremo Alemán plantea cinco cuestiones prejudiciales que se pueden englobar en:

- (i) Si la visualización de un mensaje publicitario en la bandeja de entrada de una cuenta de correo electrónico seleccionada de forma aleatoria tiene encaje dentro del concepto de “correo electrónico”, según lo establecido en los artículos 2, letra h), y 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.
- (ii) Si la actividad publicitaria desarrollada puede encuadrarse en el concepto de “utilización de [...] correo electrónico con fines de venta directa”, de acuerdo con el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/58.

1 El artículo 2, párrafo segundo, letra h) establece el concepto de “correo electrónico” como: 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 éste acceda al mismo.

2 El artículo 13, apartado 1 establece que, entre las comunicaciones no solicitadas, sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática, fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo.

3 El anexo I establece las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia, estableciéndose en su punto 26, con la consideración de práctica comercial agresiva, la realización de 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.

- (iii) Si la inserción de mensajes publicitarios en la bandeja de entrada del usuario de un servicio de mensajería electrónica puede considerarse como “proposiciones no solicitadas y persistentes” a los usuarios de servicios de mensajería electrónica, de acuerdo con lo establecido en el anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29.

2. Resolución de las cuestiones prejudiciales.

A. La consideración de *Inbox Advertising* como “correo electrónico” y su “utilización con fines de venta directa” de acuerdo con la Directiva 2002/58 a la luz de la Carta.

El TJUE comienza desgranando las cuestiones prejudiciales empezando por dar respuesta a las cuatro primeras, para lo cual, recuerda que entre los objetivos de la Directiva 2002/58 (Considerando 40) se encuentra ofrecer garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas utilizadas con fines de venta directa. Partiendo de lo anterior, el TJUE se centra en la definición del concepto de “comunicación” y aclara que el anterior término incluye cualquier información intercambiada, no siendo importante que las comunicaciones realizadas mediante técnicas de *Inbox Advertising* sean calificadas como correo electrónico.

Así, la Directiva 2002/58 autoriza cualquier comunicación utilizada con fines de venta directa que se dirija a aquellos usuarios que hayan prestado su consentimiento previo. Por lo tanto, se tienen que dar tres requisitos para que el *Inbox Advertising* realizado en el caso concreto pueda considerarse como una comunicación no solicitada lícita, en particular que:

- (i) figure dentro de los tipos de comunicación establecidos con independencia de la tecnología utilizada (llamada automática, fax, correo electrónico, etc.);
- (ii) su finalidad sea la venta directa, es decir, persiga un fin comercial y se dirija directa e individualmente al consumidor; y
- (iii) se haya obtenido el consentimiento previo del usuario, entendido este como una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca según el artículo 4, punto 11 del Reglamento 2016/679.

De este modo, en el contexto del artículo 13 de la Directiva 2002/58, se estaría llevando a cabo: (i) una comunicación a través de un medio expresamente reconocido en la citada directiva, como es el correo electrónico, aunque el listado establecido no supone un *numerus clausus*; (ii) una utilización con fines de venta directa, al dirigirse individualmente al consumidor, aunque dicho consumidor haya sido seleccionado de forma aleatoria; y, en principio, (iii) con el consentimiento previo del usuario encontrándonos ante una utilización del correo electrónico con fines de venta directa en el sentido del citado artículo 13.

Respecto de dicha utilización, el tribunal aclara que no es preciso comprobar la generación de una carga para los usuarios que vaya más allá de una molestia al encontrarse dichas

comunicaciones publicitarias comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva. Además, el TJUE recuerda que, el hecho de que los mensajes publicitarios se muestran en la bandeja de entrada de los usuarios reservada para sus correos electrónicos privados interfiriendo en la lectura de los mismos supone la utilización del correo electrónico y, al igual que sucede con el *spam*, existe un riesgo de confusión que puede llevar al usuario a abrir los mensajes publicitarios por error.

No obstante lo anterior, el tribunal deja en manos del Tribunal Supremo Alemán la valoración de si se ha obtenido correctamente el consentimiento de los usuarios, debiendo evaluarse si: (i) estos han sido informados, con claridad y precisión de que, dentro de su lista de correos electrónicos recibidos, se muestran mensajes publicitarios; y (ii) si se ha recabado su consentimiento específico y con pleno conocimiento de causa de la recepción de tales mensajes.

B. El concepto de “proposiciones no solicitadas y persistentes”

El TJUE continua su disertación contestando a la quinta cuestión prejudicial, valorando si una práctica como la de los hechos puede ser considerada como “proposiciones no solicitadas y persistentes” bajo la perspectiva del anexo I, punto 26, de la Directiva 2005/29, el cual establece una lista exhaustiva de prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Dichas prácticas deben considerarse desleales, *per se*, sin necesidad de proceder a su análisis particular. Así, se considera como práctica comercial agresiva el hecho de que un comerciante realice proposiciones no solicitadas y persistentes a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir con una obligación contractual. En este sentido, los mensajes publicitarios realizados a través de la bandeja de entrada de los usuarios son una proposición no solicitada y persistente que debe prohibirse en cualquier circunstancia, cuando la inserción de esos mensajes publicitarios tenga: (i) un carácter suficientemente frecuente y regular para poder calificarse de “proposiciones persistentes” y; (ii) pueda ser calificarla de “proposiciones no solicitadas” al no darse el consentimiento del usuario con carácter previo a esa inserción publicitaria.

Esta Nota ha sido elaborada por Álvaro Martínez Crespo, Asociado de la práctica de Propiedad Intelectual, Industrial y Tecnología.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 30 de noviembre de 2021 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Andy Ramos Gil de la Haza

Counsel de Propiedad Intelectual, Industrial y Tecnología

aramos@perezllorca.com

T: +34 91 423 20 72