



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

25 de novembro de 2021 *

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2002/58/CE — Tratamento dos dados pessoais e proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas — Artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h) — Conceito de “correio eletrónico” — Artigo 13.º, n.º 1 — Conceito de “utilização de correio eletrónico para fins de comercialização direta” — Diretiva 2005/29/CE — Práticas comerciais desleais — Anexo I, ponto 26 — Conceito de “solicitações persistentes e não solicitadas, por *e-mail*” — Mensagens publicitárias — *Inbox advertising*»

No processo C-102/20,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha), por Decisão de 30 de janeiro de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 26 de fevereiro de 2020, no processo

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

contra

eprimo GmbH,

sendo interveniente:

Interativa Media CCSP GmbH,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Prechal, presidente da Segunda Secção, exercendo funções de presidente da Terceira Secção, J. Passer, F. Biltgen, L. S. Rossi (relatora) e N. Wahl, juízes,

advogado-geral: J. Richard de la Tour,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da eprimo GmbH, por R. Hall, Rechtsanwalt,

* Língua do processo: alemão.

- em representação da Interactive Media CCSP GmbH, por D. Frey e M. Rudolph, Rechtsanwälte,
- em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes, A. Guerra e P. Barros da Costa, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por C. Hödlmayr, F. Wilman, N. Ruiz García e S. Kalèda, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 24 de junho de 2021,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), e do artigo 13.º, n.º 1, da 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), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009 (JO 2009, L 337, p. 11, a seguir «Diretiva 2002/58»), e do anexo I, ponto 26, da 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 desleais») (JO 2005, L 149, p. 22).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de dois litígios que opõem a StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (a seguir «StWL») à eprimo GmbH, duas sociedades que fornecem eletricidade a clientes finais, a respeito de uma atividade publicitária levada a cabo pela Interactive Media CCSP GmbH, a pedido da eprimo, que consiste na exibição de mensagens publicitárias na caixa de entrada dos utilizadores do serviço de correio eletrónico gratuito «T-Online».

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 Os considerandos 4 e 40 da Diretiva 2002/58 têm a seguinte redação:
 - «(4) A Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações [JO 1998, L 24, p. 1], transpõe os princípios estabelecidos na Diretiva 95/46/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO 1995, L 281, p. 31)], em regras específicas para o setor das telecomunicações. A Diretiva 97/66/CE deve ser adaptada ao desenvolvimento dos mercados e das tecnologias dos serviços de comunicações eletrónicas, de modo a proporcionar um nível idêntico de proteção dos dados pessoais e da privacidade aos

utilizadores de serviços de comunicações publicamente disponíveis, independentemente das tecnologias utilizadas. Essa diretiva deve, portanto, ser revogada e substituída pela presente diretiva.

[...]

- (40) Devem ser previstas medidas de proteção dos assinantes contra a invasão da sua privacidade através de chamadas não solicitadas para fins de comercialização direta, em especial através de aparelhos de chamadas automáticas, aparelhos de fax e de correio eletrónico, incluindo mensagens SMS. Essas 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. No que diz respeito a essas formas de comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta, justifica-se que se obtenha, antes de essas comunicações serem enviadas aos destinatários, o seu consentimento prévio e explícito. O mercado único exige uma abordagem harmonizada para assegurar, a nível da [União Europeia], regras simples para o comércio e os utilizadores.»

4 O artigo 1.º, n.º 1, da referida diretiva prevê:

«1. A presente diretiva prevê a harmonização das disposições dos Estados-Membros necessárias para garantir um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas, e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de comunicações eletrónicas na [União Europeia].»

5 Nos termos do artigo 2.º, segundo parágrafo, alíneas d), f), e h), da referida diretiva, sob a epígrafe «Definições»:

«São também aplicáveis as seguintes definições:

- d) “Comunicação” é qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes, através de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível; não se incluem aqui as informações enviadas no âmbito de um serviço de difusão ao público em geral, através de uma rede de comunicações eletrónicas, exceto na medida em que a informação possa ser relacionada com o assinante ou utilizador identificável que recebe a informação;

[...]

- f) “Consentimento” por parte do utilizador ou assinante significa o consentimento dado pela pessoa a quem dizem respeito os dados, previsto na Diretiva 95/46/CE;

[...]

- h) “Correio eletrónico” é 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.»

- 6 O artigo 13.º, n.º 1, da mesma diretiva, sob a epígrafe «Comunicações não solicitadas», dispõe:
- «A utilização de sistemas de chamada e de comunicação automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio eletrónico para fins de comercialização direta apenas pode ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio.»
- 7 O considerando 67 da Diretiva 2009/136 enuncia:
- «As salvaguardas oferecidas aos assinantes contra a intrusão na sua privacidade por comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta através de correio eletrónico são igualmente aplicáveis aos serviços SMS, MMS e a outros tipos de aplicações similares.»
- 8 O artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 95/46 dispõe:
- «Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:
- [...]
- h) “Consentimento da pessoa em causa”, qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.»
- 9 O artigo 94.º, n.º 2, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO 2016, L 119, p. 1, e retificação no JO 2018, L 127, p. 2), sob a epígrafe «Revogação da Diretiva 95/46/CE», prevê:
- «As remissões para a diretiva revogada são consideradas remissões para presente regulamento. [...]»
- 10 O artigo 4.º, ponto 11, deste regulamento tem a seguinte redação:
- «Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:
- [...]
- 11) “Consentimento” do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.»
- 11 Nos termos do considerando 17 da Diretiva 2005/29:
- «(17) É desejável que essas práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias sejam identificadas por forma a proporcionar segurança jurídica acrescida. Por conseguinte, o anexo I contém uma lista exaustiva dessas práticas. Estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º Esta lista só pode ser alterada mediante revisão da presente diretiva.»

12 O artigo 5.º desta diretiva dispõe:

«1. São proibidas as práticas comerciais desleais.

2. Uma prática comercial é desleal se:

a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional;

e

b) Distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

[...]

4. Em especial, são desleais as práticas comerciais:

a) Enganosas, tal como definido nos artigos 6.º e 7.º;

ou

b) Agressivas, tal como definido nos artigos 8.º e 9.º

5. O anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da presente diretiva.»

13 O artigo 8.º da referida diretiva enuncia:

«Uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for suscetível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coação — incluindo o recurso à força física — ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.»

14 O ponto 26 do anexo I da mesma diretiva, que contém a lista das práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, prevê:

«Práticas comerciais agressivas

[...]

(26) Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância exceto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional. Esta disposição não prejudica [...] as Diretivas 95/46/CE e [2002/58].»

Direito alemão

- 15 O § 3, n.ºs 1 e 2, da Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei contra a Concorrência Desleal), de 3 de julho de 2004, BGBl. 2004 I, p. 1414, a seguir «UWG»), na sua versão aplicável ao litígio no processo principal, tem a seguinte redação:

«(1) As práticas comerciais desleais são ilícitas.

(2) As práticas comerciais que se dirigem aos consumidores ou os afetam são desleais quando não sejam conformes com a diligência a que estão obrigados os empresários e possam influenciar de forma substancial o comportamento económico do consumidor.»

- 16 Nos termos do § 5a, n.º 6, da UWG, sob a epígrafe «Fraude por omissão»:

«Pratica [...] um ato de concorrência desleal quem não indicar a verdadeira intenção comercial de uma prática, desde que esta não resulte já do contexto e a falta de indicação seja suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão comercial que não teria tomado de outro modo.»

- 17 O § 7 da UWG dispõe:

«(1) As práticas comerciais que causem um incómodo intolerável a um interveniente no mercado são ilícitas. Isto aplica-se, em especial, à publicidade realizada mesmo que seja manifesto que o interveniente no mercado em causa não a deseja.

(2) Presume-se sempre a existência de um incómodo intolerável:

1. em caso de publicidade que implique a utilização de um meio de comunicação comercial adaptado à comercialização à distância não mencionado nos pontos 2 e 3 desta disposição, que solicite persistentemente o consumidor apesar de este manifestamente o não desejar;

[...]

3. em caso de publicidade que implique a utilização de um aparelho de chamada automático, de um aparelho de fax ou de correio eletrónico, sem que o destinatário tenha previamente dado o seu consentimento expresso, ou

4. em caso de publicidade sob a forma de mensagem

a) emitida dissimulando ou escondendo a identidade do emitente em nome do qual a comunicação é efetuada [...]

[...]»

- 18 O § 8 da UWG enuncia:

«(1) Quem levar a cabo uma prática comercial ilícita nos termos do § 3 ou do § 7 pode ser demandado em ação destinada à eliminação da situação de facto ilícita ou, em caso de risco de repetição, em ação inibitória. A ação inibitória pode ser intentada quando exista o risco de tal prática contrária ao § 3 ou ao § 7 se verificar.

[...]

(3) Têm legitimidade para intentar as ações previstas no n.º 1:

1. Qualquer concorrente;

[...]»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 19 Resulta da decisão de reenvio que a StWL e a eprimo são dois fornecedores de eletricidade concorrentes. A pedido da eprimo, a Interactive Media, uma agência de publicidade, difundiu anúncios publicitários nas caixas de correio eletrónico de utilizadores do serviço de correio eletrónico gratuito T-Online. Este serviço é financiado pela publicidade paga pelos anunciantes e fornecido gratuitamente aos utilizadores.
- 20 Esses anúncios publicitários eram exibidos nas caixas de entrada de correio eletrónico particular desses utilizadores, a saber, na rubrica em que os correios eletrónicos recebidos figuram sob a forma de uma lista, integradas nos correios eletrónicos recebidos.
- 21 Assim, os referidos utilizadores receberam, em 12 de dezembro de 2016, 13 de janeiro de 2017 e 15 de janeiro de 2017, mensagens publicitárias nas suas caixas de entrada. Nestas últimas, eram exibidas entradas de mensagens que só se distinguiam visualmente da lista dos outros correios eletrónicos do utilizador da conta pelo facto de a data ter sido substituída pela menção «Anzeige» (anúncio), de não ser mencionado nenhum remetente e de o texto aparecer sobre um fundo cinzento. A rubrica «Objeto» correspondente a este aviso de mensagem continha um texto destinado à promoção de preços vantajosos para os serviços de eletricidade e gás.
- 22 Do ponto de vista técnico, um código JavaScript de um servidor publicitário (TAG) está associado ao local em questão da caixa de entrada na página Internet consultada pelo utilizador dessa caixa de correio eletrónico. Por este motivo, quando o utilizador acede à página Internet, é enviado um pedido (*Adrequest*) ao servidor publicitário para que selecione uma faixa publicitária aleatória a partir de um pacote constituído pelos anunciantes e a transmita de forma que esta seja exibida na caixa de entrada do utilizador. Se o utilizador clicar na publicidade exibida, o pedido de acesso é transmitido ao servidor publicitário que o regista e reencaminha o navegador para o sítio Internet do anunciante.
- 23 A funcionalidade do serviço de correio eletrónico T-Online trata a entrada da mensagem publicitária em questão na caixa de entrada dos utilizadores desse serviço de correio eletrónico de forma diferente dos correios eletrónicos normais: essa mensagem publicitária, que aparece sob a forma de um correio eletrónico, pode ser eliminada da lista, mas não pode ser arquivada, modificada ou reencaminhada, e não é possível responder-lhe. Por último, a referida mensagem publicitária não é contabilizada no número total de correios eletrónicos que figuram na caixa de entrada e também não ocupa espaço de armazenamento.
- 24 A StWL considerou que esta ação publicitária que implica a utilização de correio eletrónico sem o consentimento prévio expresso do destinatário era contrária às regras em matéria de concorrência desleal, na medida em que constituía um «incómodo intolerável», na aceção do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG, e que era enganosa, na aceção do § 5a, n.º 6, da UWG. Por esta razão, a StWL intentou uma ação inibitória contra a eprimo no Landgericht Nürnberg-Fürth (Tribunal Regional de Nuremberga-Fürth, Alemanha). Esse órgão jurisdicional julgou procedente a ação da StWL e

ordenou à eprimo, sob pena de sanção pecuniária compulsória, que se abstinhasse de veicular a consumidores finais essa publicidade relacionada com a distribuição de eletricidade na conta de correio eletrónico de T-online.de.

- 25 Na sequência do recurso interposto pela eprimo no Oberlandesgericht Nürnberg (Tribunal Superior Regional de Nuremberga, Alemanha), esse órgão jurisdicional considerou que a colocação contestada da publicidade na caixa de entrada de correio eletrónico particular T-Online não era, à luz do direito da concorrência, uma prática comercial ilícita.
- 26 Em especial, segundo o referido órgão jurisdicional, por um lado, a publicidade da recorrida não constituía um incómodo intolerável que implicasse a utilização de «correio eletrónico», na aceção do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG, uma vez que esta publicidade não podia ser considerada «correio eletrónico», na aceção desta disposição. Em qualquer caso, a publicidade controvertida não acarretava, para o utilizador do serviço de correio eletrónico T-Online, ónus ou custos que constituíssem mais do que um incómodo «normal» causado por qualquer publicidade e, por conseguinte, não causava um «incómodo intolerável» na aceção da disposição geral do § 7, n.º 1, primeiro período, da UWG, nomeadamente tendo em conta o carácter gratuito do serviço de correio eletrónico.
- 27 Por outro lado, o referido órgão jurisdicional concluiu que a publicidade em causa não era ilícita nos termos do § 7, n.º 2, ponto 4, alínea a), da UWG, uma vez que não se tratava de publicidade sob a forma de mensagens. O § 7, n.º 2, ponto 1, da UWG também não era aplicável, uma vez que o mesmo pressupõe uma «solicitação», no sentido de um «comportamento que incomoda» um consumidor, o que não se verifica no caso em apreço. Por outro lado, uma vez que os anúncios da recorrida não dissimulavam o seu carácter publicitário, não podiam ser considerados desleais pelo facto de serem enganosos, na aceção do § 5a, n.º 6, da UWG.
- 28 Chamado a conhecer de um recurso de «Revision» interposto pela StWL, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) considera que o êxito desse recurso depende da interpretação do artigo 2.º, segundo parágrafo, alíneas d) e h), e do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, bem como do anexo I, ponto 26, da Diretiva 2005/29.
- 29 Com efeito, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o comportamento censurado à eprimo pode ser ilícito nos termos do § 7, n.º 2, ponto 3, da UWG, que transpõe o artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58. Indica que é igualmente possível que a publicidade seja ilícita nos termos do § 7, n.º 2, ponto 1, da UWG, que transpõe o anexo I, ponto 26, da Diretiva 2005/29.
- 30 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio pretende obter do Tribunal de Justiça esclarecimentos sobre os critérios que regem o conceito de «correio eletrónico», na aceção do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva 2002/58, e sobre o conceito de «utilização» deste último para fins de comercialização direta, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da mesma. Além disso, o referido órgão jurisdicional pede ao Tribunal de Justiça que precise os critérios da «solicitação», na aceção do anexo I, ponto 26, da Diretiva 2005/29.

31 Nestas circunstâncias, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Verifica-se uma situação subsumível no conceito de “envio”, na aceção do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva [2002/58], quando uma [mensagem], 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] [...] [correios eletrónicos] 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, segundo parágrafo, alínea h), da Diretiva [2002/58], 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], quando uma [mensagem] 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], 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], 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 mensagens que lhe são dirigidas individualmente?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira a quarta questões

32 Com a primeira a quarta questões, que há que analisar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, por um lado, se o artigo 2.º, alínea h), e o artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 devem ser interpretados no sentido de que os critérios do conceito de «correio eletrónico», na aceção dessas disposições, estão preenchidos quando uma mensagem publicitária é exibida em certas áreas, previstas para o efeito, da caixa de entrada de um utilizador escolhido aleatoriamente, no seguimento do acesso, através da digitação de um código, à página Internet de uma conta de correio eletrónico e, por outro, se o artigo 13.º, n.º 1, desta diretiva deve ser

interpretado no sentido de que essa ação publicitária se insere no conceito de «utilização [...] de correio eletrónico para fins de comercialização direta», na aceção desta disposição, na medida em que esta exige que o utilizador do correio eletrónico em causa tenha dado o seu consentimento prévio para tal prática, unicamente se se constatar que sobre ele recai um ónus que constitui mais do que um incómodo.

- 33 Para responder a estas questões, importa recordar que, nos termos do seu artigo 1.º, n.º 1, a Diretiva 2002/58 prevê, nomeadamente, a harmonização das disposições nacionais necessárias para garantir um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade e à confidencialidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas.
- 34 Como enuncia o considerando 40 desta diretiva, a mesma visa nomeadamente proteger os assinantes contra a invasão da sua privacidade através de chamadas não solicitadas para fins de comercialização direta, em especial através de aparelhos de chamadas automáticas, aparelhos de fax e de correio eletrónico, incluindo mensagens SMS.
- 35 O artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2002/58 prevê uma definição ampla do conceito de «comunicação» que inclui qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes através de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível.
- 36 A este respeito, o artigo 13.º, n.º 1, desta diretiva, sob a epígrafe «Comunicações não solicitadas», autoriza a utilização de diferentes tipos de comunicação, a saber, os sistemas de chamadas automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio eletrónico para fins de comercialização direta apenas em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio.
- 37 Para efeitos da aplicação desta disposição, importa, portanto, verificar, em primeiro lugar, se o tipo de comunicação utilizada para fins de comercialização direta figura entre as previstas na referida disposição, em segundo lugar, se essa comunicação tem por finalidade a comercialização direta e, em terceiro lugar, se a exigência de obter um consentimento prévio por parte do utilizador foi respeitada.
- 38 No que respeita, em primeiro lugar, aos meios de comunicação eletrónica através dos quais são efetuadas as ações de comercialização direta, cumpre salientar, a título preliminar, como observou o advogado-geral no n.º 53 das suas conclusões, que a lista dos meios de comunicação mencionados no considerando 40 e no artigo 13.º, n.º 1, desta diretiva não tem carácter exaustivo.
- 39 Com efeito, por um lado, a Diretiva 2009/136, que alterou a Diretiva 2002/58, faz referência, no seu considerando 67, a formas de comunicações diferentes das mencionadas na Diretiva 2002/58, quando indica que as salvaguardas oferecidas aos assinantes contra a intrusão na sua privacidade por comunicações comerciais não solicitadas para fins de comercialização direta através de correio eletrónico «são igualmente aplicáveis aos serviços SMS, MMS e a outros tipos de aplicações similares». Por outro lado, como precisa o considerando 4 da Diretiva 2002/58, o objetivo de proporcionar um nível idêntico de proteção dos dados pessoais e da privacidade aos utilizadores de serviços de comunicações publicamente disponíveis, deve ser assegurado «independentemente das tecnologias utilizadas», o que confirma que se deve adotar uma conceção ampla e evolutiva de um ponto de vista tecnológico do tipo de comunicações visadas por esta diretiva.

- 40 Dito isto, há que constatar que, no caso em apreço, a mensagem publicitária em causa no processo principal foi divulgada às pessoas em questão utilizando um dos meios de comunicação referidos expressamente no artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, a saber, o correio eletrónico.
- 41 A este respeito, com efeito, do ponto de vista do destinatário, a referida mensagem publicitária é exibida na caixa de entrada do utilizador, a saber, num espaço normalmente reservado aos correios eletrónicos privados. O utilizador só pode libertar esse espaço para obter uma visão global dos seus correios eletrónicos exclusivamente privados depois de ter verificado o conteúdo dessa mesma mensagem publicitária e só depois de a ter suprimido ativamente. Se o utilizador clica numa mensagem publicitária como a que está em causa no processo principal, é dirigido para um sítio Internet que contém a publicidade em questão, em vez de prosseguir a leitura dos seus correios eletrónicos privados.
- 42 Assim, contrariamente às faixas publicitárias ou às janelas de publicidade, que aparecem à margem da lista das mensagens privadas ou separadamente destas, a exibição das mensagens publicitárias em causa no processo principal na lista de correios eletrónicos privados do utilizador limita o acesso a essas mensagens de forma análoga à utilizada para os correios eletrónicos não solicitados (também denominados «spam»), na medida em que tal prática exige a mesma tomada de decisão por parte do assinante no que respeita ao tratamento dessas mensagens.
- 43 Por outro lado, como salientou o advogado-geral no n.º 55 das suas conclusões, na medida em que as mensagens publicitárias ocupam linhas da caixa de entrada normalmente reservadas aos correios eletrónicos privados e devido à sua semelhança com estas últimas, existe um risco de confusão entre estas duas categorias de mensagens que pode levar o utilizador que clica na linha correspondente à mensagem publicitária a ser dirigido contra a sua vontade para um sítio Internet que contém a publicidade em causa, em vez de continuar a consultar os seus correios eletrónicos privados.
- 44 Ora, como observou a Comissão, se as entradas publicitárias de qualquer natureza surgem na caixa de entrada de correio Internet, a saber, na rubrica em que são exibidos todos os correios eletrónicos endereçados ao utilizador, há que considerar que essa caixa de entrada constitui o meio pelo qual as mensagens publicitárias em causa são comunicadas a esse utilizador, o que implica a utilização do seu correio eletrónico para fins de comercialização direta, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58. Por outras palavras, a recorrida e a interveniente no processo principal assim como o fornecedor de correio eletrónico envolvidos utilizam a existência da lista de correios eletrónicos privados, tendo em conta o interesse e a confiança particulares do assinante em relação a essa lista, para colocar a sua publicidade direta dando-lhe o aspeto de um verdadeiro correio eletrónico.
- 45 Tal prática constitui uma utilização do correio eletrónico, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, suscetível de prejudicar o objetivo, prosseguido por esta disposição, de proteção dos utilizadores contra a invasão da sua privacidade através de comunicações não solicitadas efetuadas para fins de comercialização direta.
- 46 Nestas condições, a questão de saber se mensagens publicitárias como as que estão em causa no processo principal preenchem elas próprias os critérios que permitem qualificá-las de «correio eletrónico», na aceção do artigo 2.º, alínea h), desta diretiva, torna-se supérflua, na medida em que estas foram comunicadas aos utilizadores em causa através da sua caixa de correio eletrónico e, portanto, mediante o seu correio eletrónico.

- 47 Em segundo lugar, no que se refere à questão de saber se as comunicações referidas no artigo 13.º, n.º 1, da referida diretiva têm por finalidade a comercialização direta, há que verificar se essa comunicação prossegue um fim comercial e se dirige direta e individualmente a um consumidor.
- 48 No caso em apreço, a própria natureza das mensagens publicitárias em causa no processo principal, que visam a promoção de serviços, e o facto de serem divulgadas sob a forma de correio eletrónico, pelo que surgem diretamente na caixa de entrada de correio eletrónico particular do utilizador em causa, permitem qualificar essas mensagens de comunicações para fins de comercialização direta, na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58.
- 49 O facto de o destinatário dessas mensagens publicitárias ser escolhido aleatoriamente, circunstância evocada no âmbito da terceira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, não pode pôr em causa tal conclusão.
- 50 A este respeito, basta salientar, como fez o advogado-geral no n.º 61 das suas conclusões, que a escolha aleatória ou predefinida do destinatário não é uma condição de aplicação do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58. Por outras palavras, pouco importa que a publicidade em causa seja dirigida a um destinatário predeterminado e identificado individualmente ou que se trate de uma difusão maciça e aleatória entre múltiplos destinatários. O que importa é que exista uma comunicação com finalidade comercial que chega direta e individualmente a um ou mais utilizadores dos serviços de correio eletrónico ao ser integrada na caixa de entrada da conta de correio eletrónico desses utilizadores.
- 51 Ora, os destinatários dessas mensagens publicitárias são individualizados, nomeadamente, enquanto utilizadores de um fornecedor de correio eletrónico específico, na medida em que o utilizador só obtém acesso à sua caixa de entrada depois de ter indicado os seus dados de registo e digitado um código. Por conseguinte, a visualização ocorre no termo desse processo de autenticação pelo utilizador num espaço privado que lhe está reservado e que se destina à consulta dos conteúdos privados sob a forma de correios eletrónicos.
- 52 Em terceiro lugar, no que se refere precisamente à exigência de obter um consentimento prévio, prevista no artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, há que recordar que, embora uma comunicação seja abrangida pelo âmbito de aplicação desta disposição, esta é autorizada desde que o seu destinatário a tenha autorizado previamente.
- 53 A este respeito, resulta do artigo 2.º, segundo parágrafo, alínea f), da Diretiva 2002/58, lido em conjugação com o artigo 94.º, n.º 2, do Regulamento 2016/679, que o referido consentimento deve satisfazer as exigências que resultam do artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 95/46 ou do artigo 4.º, ponto 11, deste regulamento, consoante uma ou outra destas duas normas seja aplicável *ratione temporis* aos factos em causa no processo principal.
- 54 O artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 95/46 define o termo «consentimento» como «qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento [de dados pessoais]».
- 55 Esta mesma exigência aplica-se igualmente no âmbito do Regulamento 2016/679. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 11, deste regulamento define o «consentimento» do titular dos dados no sentido de que exige uma manifestação de vontade «livre, específica, informada e explícita» do titular dos dados, mediante declaração ou «ato positivo inequívoco» pela qual este aceita o tratamento dos dados pessoais que lhe dizem respeito.

- 56 Relativamente a uma ação inibitória de uma prática comercial ilícita, não se pode excluir, como observou o advogado-geral no n.º 50 das suas conclusões, que, na hipótese de o processo instaurado pela StWL ter por objetivo fazer cessar o comportamento da eprimo para o futuro, o Regulamento 2016/679 seja aplicável *ratione temporis* no âmbito do litígio no processo principal, embora os factos na origem desse litígio sejam anteriores a 25 de maio de 2018, data em que este regulamento se tornou aplicável, dado que a Diretiva 95/46 foi revogada com efeitos a partir dessa mesma data.
- 57 Decorre do que precede que esse consentimento se deve traduzir, pelo menos, numa manifestação de vontade livre, específica e informada por parte do titular dos dados.
- 58 No caso em apreço, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que, no processo de registo do endereço de correio eletrónico em causa no processo principal, o serviço de correio eletrónico T-Online é proposto aos utilizadores sob a forma de duas categorias de serviços de correio eletrónico, a saber, por um lado, um serviço de correio eletrónico gratuito, financiado pela publicidade, e, por outro, um serviço de correio eletrónico pago, sem publicidade. Assim, os utilizadores que escolhem a gratuidade do serviço, como no processo principal, aceitam receber anúncios publicitários para não pagarem uma contrapartida pela utilização desse serviço de correio eletrónico.
- 59 A este respeito, cabe, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se o utilizador em causa, tendo optado pela gratuidade do serviço de correio eletrónico T-Online, foi devidamente informado das modalidades precisas de divulgação dessa publicidade e consentiu efetivamente em receber mensagens publicitárias como as que estão em causa no processo principal. Em especial, há que garantir, por um lado, que esse utilizador foi informado de forma clara e precisa, nomeadamente, de que as mensagens publicitárias são exibidas na lista dos correios eletrónicos privados recebidos e, por outro, que manifestou o seu consentimento para receber essas mensagens publicitárias de forma específica e com pleno conhecimento de causa (v., neste sentido, Acórdão de 11 de novembro de 2020, Orange Romania, C-61/19, EU:C:2020:901, n.º 52).
- 60 Por último, em resposta à quarta questão, pela qual o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, para qualificar uma iniciativa publicitária como a que está em causa no processo principal de «utilização [...] de correio eletrónico para fins de comercialização direta», na aceção do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, há que constatar que sobre o utilizador recai um ónus que constitui mais do que um incómodo, importa precisar que esta diretiva não impõe o cumprimento dessa exigência.
- 61 Com efeito, como salientou o advogado-geral no n.º 62 das suas conclusões, resulta do considerando 40 desta diretiva que a exigência de obter um consentimento prévio prevista na referida disposição se explica, nomeadamente, pelo facto de as comunicações não solicitadas efetuadas para fins de comercialização direta poderem «acarretar um ónus e/ou um custo ao destinatário». Uma vez que essas comunicações são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, não é, portanto, necessário verificar se o ónus que daí decorre para o destinatário constitui mais do que um incómodo.
- 62 Por outro lado, no caso em apreço é pacífico que uma ação publicitária como a que está em causa no processo principal impõe efetivamente um ónus ao utilizador em causa na medida em que, como foi salientado no n.º 42 do presente acórdão, a exibição das mensagens publicitárias na lista dos correios eletrónicos privados do utilizador, na medida em que restringe o acesso a esses

correios eletrónicos de forma análoga à utilizada para os correios eletrónicos não solicitados (*spam*), exige a mesma tomada de decisão por parte do assinante no que respeita ao tratamento dessas mensagens.

- 63 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder à primeira a quarta questões que o artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 deve ser interpretado no sentido de que constitui uma «utilização [...] de correio eletrónico para fins de comercialização direta», na aceção desta disposição, a exibição na caixa de entrada do utilizador de um serviço de correio eletrónico de mensagens publicitárias sob uma forma que se assemelha à de um verdadeiro correio eletrónico e no mesmo local que este último sem que a determinação aleatória dos destinatários das referidas mensagens nem a determinação do grau de intensidade do ónus imposto a esse utilizador tenham influência a este respeito, sendo essa utilização autorizada unicamente se o referido utilizador tiver sido informado de maneira clara e precisa das modalidades de divulgação dessa publicidade, nomeadamente na lista dos correios eletrónicos privados recebidos, e tiver manifestado de maneira específica e com pleno conhecimento de causa o seu consentimento para receber tais mensagens publicitárias.

Quanto à quinta questão

- 64 Com a sua quinta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o anexo I, ponto 26, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que uma ação que consiste na exibição na caixa de entrada do utilizador de um serviço de correio eletrónico de mensagens publicitárias sob uma forma que se assemelha à de um verdadeiro correio eletrónico e no mesmo local que este último é abrangida pelo conceito de «solicitações persistentes e não solicitadas» dos utilizadores de serviços de correio eletrónico, na aceção desta disposição.
- 65 O artigo 5.º desta diretiva proíbe, no seu n.º 1, as práticas comerciais desleais e fixa, no seu n.º 2, os critérios que permitem determinar se uma prática comercial é desleal.
- 66 O artigo 5.º, n.º 4, da referida diretiva precisa, em seguida, que são desleais, em especial, as práticas comerciais que são «enganosas», na aceção dos artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29, e as que são «agressivas», na aceção dos artigos 8.º e 9.º desta diretiva.
- 67 A este respeito, importa recordar que a Diretiva 2005/29 procede a uma harmonização completa, ao nível da União, das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores e estabelece, no seu anexo I, uma lista exaustiva de 31 práticas comerciais que, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 5, desta diretiva, são consideradas desleais «em quaisquer circunstâncias». Por conseguinte, como o considerando 17 da referida diretiva expressamente especifica, trata-se das únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem serem objeto de uma avaliação caso a caso ao abrigo das disposições dos artigos 5.º a 9.º da mesma diretiva (Acórdão de 2 de setembro de 2021, Peek & Cloppenburg, C-371/20, EU:C:2021:674, n.º 34 e jurisprudência referida).
- 68 Assim, em aplicação do ponto 26 do anexo I da Diretiva 2005/29, é qualificado de «prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias», enquanto prática comercial agressiva, o facto de um profissional «[f]azer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância exceto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional».

- 69 Ora, como salientado nos n.ºs 48, 50 e 51 do presente acórdão, deve considerar-se que uma mensagem publicitária como a que está em causa no processo principal se dirige direta e individualmente ao utilizador em causa na medida em que, ao ser divulgada sob a forma de um correio eletrónico, surge diretamente na caixa de entrada do correio eletrónico particular do utilizador em causa, num espaço privado, protegido por um código, que lhe é reservado e em que apenas tem a expectativa de receber mensagens que lhe são dirigidas individualmente.
- 70 Por este motivo, como salientou o advogado-geral no n.º 71 das suas conclusões, o efeito que a referida mensagem produz é, portanto, semelhante ao de uma comercialização direta individualizada, quer o anunciante tenha ou não individualizado esse destinatário específico no momento da preparação técnica da mensagem em causa e quer essa mensagem seja ou não tratada de forma diferente dos correios eletrónicos em termos de espaço de armazenamento e de funcionalidades associados ao tratamento de um verdadeiro correio eletrónico.
- 71 Nestas condições, há que considerar que essa mensagem publicitária constitui uma «solicitação» dos utilizadores de serviços de correio eletrónico, na aceção do ponto 26 do anexo I da Diretiva 2005/29.
- 72 Dito isto, importa ainda verificar se essa solicitação é «persistente e não solicitada», pelo que deve ser proibida em todas as circunstâncias por força desta disposição.
- 73 A este respeito, importa constatar, por um lado, que, como recordado no n.º 21 do presente acórdão, os utilizadores em causa receberam mensagens publicitárias na caixa de entrada dos seus correios eletrónicos privados por três vezes, a saber, respetivamente, em 12 de dezembro de 2016, 13 de janeiro de 2017 e 15 de janeiro de 2017. Nestas condições, tal solicitação, tendo igualmente em conta a sua frequência num tempo limitado, deve ser considerada «persistente», na aceção do ponto 26 do anexo I da Diretiva 2005/29, como declarou o órgão jurisdicional de reenvio.
- 74 Por outro lado, no que respeita ao caráter «não solicitado» dessa ação publicitária, na aceção desse mesmo ponto 26, há que verificar se a exibição de uma mensagem publicitária como a que está em causa no processo principal preenche esse requisito, tendo em conta a existência ou não de um consentimento dado por esse utilizador antes da referida exibição, bem como a eventual oposição a essa ação publicitária expressa pelo referido utilizador. Tal oposição é, além disso, comprovada no litígio no processo principal, como declarou o órgão jurisdicional de reenvio.
- 75 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à quinta questão que o anexo I, ponto 26, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que uma ação que consista na exibição na caixa de entrada do utilizador de um serviço de correio eletrónico de mensagens publicitárias sob uma forma que se assemelha a um verdadeiro correio eletrónico e no mesmo local que este último é abrangida pelo conceito de «solicitações persistentes e não solicitadas» dos utilizadores de serviços de correio eletrónico, na aceção dessa disposição, se a exibição dessas mensagens publicitárias, por um lado, tiver um caráter suficientemente frequente e regular para poder ser qualificada de «solicitações persistentes» e, por outro, puder ser qualificada de «solicitações não solicitadas», na falta de um consentimento dado por esse utilizador antes da referida exibição.

Quanto às despesas

- 76 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

- 1) O artigo 13.º, n.º 1, da 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), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, deve ser interpretado no sentido de que constitui uma «utilização [...] de correio eletrónico para fins de comercialização direta», na aceção desta disposição, a exibição na caixa de entrada do utilizador de um serviço de correio eletrónico de mensagens publicitárias sob uma forma que se assemelha a um verdadeiro correio eletrónico e no mesmo local que este último, sem que a determinação aleatória dos destinatários das referidas mensagens nem a determinação do grau de intensidade do ónus imposto a esse utilizador tenham influência a este respeito, sendo essa utilização autorizada unicamente se o referido utilizador tiver sido informado de maneira clara e precisa das modalidades de divulgação dessa publicidade, nomeadamente na lista dos correios eletrónicos privados recebidos, e tiver manifestado de maneira específica e com pleno conhecimento de causa o seu consentimento para receber tais mensagens publicitárias.
- 2) O anexo I, ponto 26, da 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 desleais»), deve ser interpretado no sentido de que uma ação que consista na exibição na caixa de entrada do utilizador de um serviço de correio eletrónico de mensagens publicitárias sob uma forma que se assemelha a um verdadeiro correio eletrónico e no mesmo local que este último é abrangida pelo conceito de «solicitações persistentes e não solicitadas» dos utilizadores de serviços de correio eletrónico, na aceção dessa disposição, se a exibição dessas mensagens publicitárias, por um lado, tiver um carácter suficientemente frequente e regular para poder ser qualificada de «solicitações persistentes» e, por outro, puder ser qualificada de «solicitações não solicitadas», na falta de um consentimento dado por esse utilizador antes da referida exibição.

Assinaturas