Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. JEAN RICHARD DE LA TOUR
présentées le 24 juin 2021 [1]

Affaire C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
contre
eprimo GmbH
en présence de
Interactive Media CCSP GmbH

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Directive 2002/58/CE – Traitement des données à caractère personnel et protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques – Message publicitaire inséré dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique – Article 2, second alinéa, sous h) – Notion de "courrier électronique" – Article 13, paragraphe 1 – Notion d'"utilisation de courrier électronique à des fins de prospection directe" – Directive 2005/29/CE – Pratiques commerciales déloyales – Annexe I, point 26 – Notion de "sollicitations répétées et non souhaitées par courrier électronique" »

I. Introduction

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 2, second alinéa, sous h), et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) [2], telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009 [3] (ci-après la « directive 2002/58 »), ainsi que de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) nº 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») [4].

1 Langue originale : le français.
2 JO 2002, L 201, p. 37.
3 JO 2009, L 337, p. 11.
4 JO 2005, L 149, p. 22.

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (ci-après « StWL ») à eprimo GmbH, deux sociétés fournissant de l'électricité à des clients finaux, au sujet de la compatibilité, avec la réglementation nationale en matière de concurrence déloyale, d'une activité publicitaire menée par Interactive Media CCSP GmbH (ci-après « Interactive Media »), à la demande d'eprimo, consistant dans l'affichage de messages publicitaires dans la boîte de réception des utilisateurs du service de messagerie électronique gratuit « T-Online ».

3. La technique publicitaire en cause au principal est difficile à qualifier car, d'une part, elle se distingue du modèle technique du courriel et, d'autre part, elle ressemble à s'y méprendre, du point de vue du destinataire, au courriel non sollicité (spam), principale cible de l'objectif de protection visé notamment par l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58.

4. Dans les présentes conclusions, je proposerai à la Cour, en premier lieu, de dire pour droit que l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 doit être interprété en ce sens que constitue une « utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de cette disposition, l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle des courriels et au même emplacement que ces derniers, la détermination aléatoire des destinataires desdits messages n'ayant pas d'incidence à cet égard et sans qu'il soit nécessaire de constater que la charge imposée à cet utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si ledit utilisateur a donné un consentement qui soit, à tout le moins, libre, spécifique et informé, préalablement à l'affichage de tels messages publicitaires dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique.

5. En second lieu, je suggérerai à la Cour de considérer que la notion de « sollicitations répétées et non souhaitées par [...] courrier électronique », au sens de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29, doit être interprétée en ce sens qu'elle est susceptible de couvrir des comportements, tels que ceux en cause au principal, consistant dans l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle des courriels et au même emplacement que ces derniers. Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier, d'une part, si l'affichage de ces messages publicitaires a eu un caractère suffisamment fréquent et régulier pour pouvoir être qualifié de sollicitations « répétées » et, d'autre part, si l'affichage desdits messages peut être qualifié de sollicitations « non souhaitées », en tenant compte de l'existence ou non d'un consentement donné par cet utilisateur préalablement à cet affichage ainsi que de l'opposition à un tel procédé publicitaire exprimée par ledit utilisateur.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2002/58

6. Les considérants 4 et 40 de la directive 2002/58 énoncent :

« (4) La directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications [5] a traduit les principes définis dans la directive 95/46/CE [du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [6]] en règles spécifiques applicables au secteur des télécommunications. La directive [97/66] doit être adaptée à l'évolution des marchés et des technologies des services de communications électroniques afin de garantir un niveau égal de protection des données à caractère personnel et de la vie privée aux utilisateurs de services de communications électroniques accessibles au public, indépendamment des technologies utilisées. Il convient, par conséquent, que ladite directive soit abrogée et remplacée par la présente directive.

[...]

(40) Il importe de protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, en particulier au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS). Si ces formes de communications commerciales non sollicitées peuvent être relativement faciles et peu onéreuses à envoyer, elles peuvent, en revanche imposer une charge et/ou un coût à leur destinataire. En outre, dans certains cas, leur volume peut poser un problème pour les réseaux de communications électroniques et les équipements terminaux. S'agissant de ces formes de communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, il est justifié d'exiger de l'expéditeur qu'il ait obtenu le consentement préalable du destinataire avant de les lui envoyer. Le marché unique exige une approche harmonisée à cet égard afin que les entreprises comme les utilisateurs disposent de règles simples s'appliquant à l'échelle de [l'Union]. »

7. L'article 2 de la directive 2002/58, intitulé « Définitions », dispose :

« Sauf disposition contraire, les définitions figurant dans la directive [95/46] et dans la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive "cadre") [7] s'appliquent aux fins de la présente directive.

5 JO 1998, L 24, p. 1.

6 JO 1995, L 281, p. 31.

7 JO 2002, L 108, p. 33.

Les définitions suivantes sont aussi applicables :

[...]

d) “communication” : toute information échangée ou acheminée entre un nombre fini de parties au moyen d’un service de communications électroniques accessible au public. Cela ne comprend pas les informations qui sont acheminées dans le cadre d’un service de radiodiffusion au public par l’intermédiaire d’un réseau de communications électroniques, sauf dans la mesure où un lien peut être établi entre l’information et l’abonné ou utilisateur identifiable qui la reçoit ;

[...]

f) le “consentement” d’un utilisateur ou d’un abonné correspond au “consentement de la personne concernée” figurant dans la directive [95/46[8]] ;

[...]

h) “courrier électronique” : tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d’image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l’équipement terminal du destinataire jusqu’à ce que ce dernier le récupère ;

[...] »

8. L’article 13 de la directive 2002/58, intitulé « Communications non sollicitées », prévoit :

« 1. L’utilisation de systèmes automatisés d’appel et de communication sans intervention humaine (automates d’appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ou des utilisateurs ayant donné leur consentement préalable.

2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque, dans le respect de la directive [95/46], une personne physique ou morale a, dans le cadre de la vente d’un produit ou d’un service, obtenu de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d’un courrier électronique, ladite personne physique ou morale peut exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection directe pour des produits ou services analogues qu’elle-même fournit pour autant que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s’opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques au moment où elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n’auraient pas refusé d’emblée une telle exploitation.

[8] Aux termes de l’article 2, sous h), de la directive 95/46, on entend par « consentement de la personne concernée » « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l’objet d’un traitement ». Cette directive a été abrogée, avec effet au 25 mai 2018, par le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (JO 2016, L 119, p. 1), dont l’article 4, point 11, définit le « consentement » de la personne concernée comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l’objet d’un traitement ». Aux termes de l’article 94, paragraphe 2, de ce règlement, intitulé « Abrogation de la directive [95/46] », « [l]es références faites à la directive abrogée s’entendent comme faites au présent règlement ».

3. Les États membres prennent les mesures appropriées pour assurer que les communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, dans les cas autres que ceux visés aux paragraphes 1 et 2, ne soient pas autorisées, soit sans le consentement des abonnés ou des utilisateurs concernés, soit à l'égard des abonnés ou des utilisateurs qui ne souhaitent pas recevoir ces communications, le choix entre ces deux solutions étant régi par la législation nationale, sachant que les deux solutions doivent être gratuites pour l'abonné ou l'utilisateur.

4. Dans tous les cas, il est interdit d'émettre des messages électroniques à des fins de prospection directe en camouflant ou en dissimulant l'identité de l'émetteur au nom duquel la communication est faite, en violation de l'article 6 de la directive 2000/31/CE [du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique")[9]], sans indiquer d'adresse valable à laquelle le destinataire peut transmettre une demande visant à obtenir que ces communications cessent, ou en encourageant les destinataires à visiter des sites [I]nternet enfreignant ledit article.

[...] »

2. La directive 2005/29

9. Le considérant 17 de la directive 2005/29 énonce :

« Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive. »

10. L'article 5 de la directive 2005/29 dispose :

« 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si :

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,

et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

[...]

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont :

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,

[9] JO 2000, L 178, p. 1.

ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive. »

11. L'article 8 de la directive 2005/29 prévoit :

« Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. »

12. L'annexe I de cette directive dresse la liste des « [p]ratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances ». Parmi les « [p]ratiques commerciales agressives » figure, au point 26, le fait de « [s]e livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice [...] des directives [95/46] et [2002/58] ».

B. Le droit allemand

13. L'article 3, paragraphes 1 et 2, du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale) [10], du 3 juillet 2004, dans sa version applicable au litige au principal, dispose :

« (1) Les pratiques commerciales déloyales sont illicites.

(2) Les pratiques commerciales qui s'adressent aux consommateurs ou atteignent ces derniers sont déloyales lorsqu'elles ne sont pas conformes à la diligence à laquelle les entrepreneurs sont tenus et qu'elles sont de nature à influencer substantiellement le comportement économique du consommateur. »

14. L'article 5a, paragraphe 6, de l'UWG prévoit :

« Commet [...] un acte de concurrence déloyale quiconque n'indique pas la véritable intention commerciale d'une pratique, dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et que l'absence d'indication est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. »

15. L'article 7, paragraphes 1 et 2, de l'UWG est libellé comme suit :

« (1) Les pratiques commerciales qui causent une gêne inacceptable à un acteur du marché sont illicites. Cela s'applique en particulier à la publicité mise en œuvre alors même qu'il est manifeste que l'acteur du marché visé ne la souhaite pas.

[10] BGBl. 2004 I, p. 1414, ci-après l'« UWG ».

(2) Une gêne inacceptable doit toujours être présumée :

1. en cas de publicité impliquant l'utilisation d'un moyen de communication commerciale adapté à la commercialisation à distance non mentionné aux points 2 et 3 de cette disposition, qui sollicite de manière répétée le consommateur alors qu'il ne le souhaite manifestement pas ;

[...]

3. en cas de publicité impliquant l'utilisation d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou du courrier électronique, sans le consentement exprès préalable du destinataire, ou

4. en cas de publicité sous la forme d'un message

   a) émis en camouflant ou en dissimulant l'identité de l'émetteur au nom duquel la communication est faite [...]

   [...] »

16. Aux termes de l'article 8 de l'UWG :

« (1) Quiconque se livre à une pratique commerciale illicite au regard de l'article 3 ou de l'article 7 peut faire l'objet d'une action en suppression de l'état de fait illicite et, en cas de risque de récidive, en cessation. Le droit d'agir en cessation existe dès lors qu'une telle pratique contraire à l'article 3 ou à l'article 7 menace d'apparaître.

(2) Si les infractions commises dans une entreprise sont le fait d'un employé ou d'une personne mandatée, l'action en cessation et l'action en suppression de l'état de fait illicite sont aussi fondées contre le propriétaire de l'entreprise.

(3) Sont titulaires des droits conférés par le paragraphe 1 :

1. tout concurrent ;

[...] »

III. Le litige au principal et les questions préjudicielles

17. StWL et eprimo sont deux fournisseurs d'électricité concurrents. À la demande d'eprimo, Interactive Media, une agence de publicité, a diffusé des annonces publicitaires dans les boîtes aux lettres électroniques d'utilisateurs de T-Online, un service gratuit de messagerie électronique.

18. Les messages publicitaires annonçant « plus d'économies » avec eprimo sont apparus dans la boîte aux lettres électronique privée d'un utilisateur de T-Online et, plus précisément, dans la boîte de réception, c'est-à-dire la rubrique dans laquelle les courriels reçus sont indiqués sous forme de liste, en étant insérés entre des courriels reçus. À la différence de ces courriels, la publicité, assortie de la mention « annonce », apparaissait en grisé, ne comportait ni date ni expéditeur, ne pouvait pas être archivée ou transmise et il n'était pas non plus possible d'y répondre en utilisant les options prévues par le fournisseur du service de messagerie pour le traitement des courriels. De plus, elle n'était pas prise en compte dans le nombre des courriels non lus et n'occupait pas d'espace de stockage dans la boîte de réception. Cet utilisateur a adressé

une mise en demeure à eprimo le 20 décembre 2016 au sujet d'une publicité du 12 décembre 2016 et a ainsi expressément fait part à eprimo de sa volonté de ne pas recevoir de telles publicités. Des publicités du même type sont néanmoins apparues dans sa boîte de réception les 13 et 15 janvier 2017.

19. Les messages publicitaires en cause au principal sont affichés dans la boîte de réception des utilisateurs du service de messagerie électronique de manière aléatoire. À l'ouverture de la page Internet correspondant à un compte de messagerie, une demande (AdRequest) est envoyée au serveur publicitaire, lequel envoie ensuite les paramètres correspondants au navigateur Internet de l'utilisateur, afin qu'une bannière publicitaire sélectionnée de manière aléatoire soit affichée dans la boîte de réception de ce compte. Si cet utilisateur clique sur la publicité affichée, cette saisie est transmise au serveur publicitaire qui l'enregistre et redirige le navigateur vers le site de l'annonceur.

20. Saisi par StWL, qui considérait cette méthode publicitaire contraire au droit de la concurrence en ce qu'elle constituait une gêne inacceptable et qu'elle était trompeuse, le Landgericht Nürnberg-Fürth (tribunal régional de Nuremberg-Fürth, Allemagne) a ordonné à eprimo de cesser, dans la vie des affaires et à des fins de concurrence, de faire de la publicité sur le compte de messagerie électronique T-Online en lien avec la distribution d'électricité à des consommateurs finaux.

21. L'appel interjeté par eprimo devant l'Oberlandesgericht Nürnberg (tribunal régional supérieur de Nuremberg, Allemagne) a été accueilli, cette juridiction estimant que le placement contesté de la publicité dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique n'était pas, au regard du droit de la concurrence, une pratique commerciale illicite.

22. L'Oberlandesgericht Nürnberg (tribunal régional supérieur de Nuremberg) a jugé, d'une part, que la publicité en cause ne constituait pas une gêne inacceptable impliquant l'utilisation du courrier électronique, au sens de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG, puisque cette publicité ne pouvait pas être considérée comme un courrier électronique au sens de cette disposition. En tout état de cause, ladite publicité n'entraînait pas, pour l'utilisateur du service de messagerie électronique, des charges ou des coûts qui iraient au-delà de la gêne « normale » occasionnée par toute publicité et ne causait donc pas une gêne inacceptable au sens de la disposition générale de l'article 7, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG, notamment au vu de la gratuité du service de messagerie électronique.

23. D'autre part, cette juridiction a conclu que la publicité en cause n'était pas illicite par application de l'article 7, paragraphe 2, point 4, sous a), de l'UWG, car il ne s'agit pas d'une publicité sous la forme de messages. L'article 7, paragraphe 2, point 1, de l'UWG n'était pas non plus applicable, car il présuppose une « sollicitation », au sens d'un comportement importunant un consommateur, laquelle fait défaut en l'espèce. Enfin, les annonces en cause ne pouvaient être considérées comme étant déloyales au motif qu'elles étaient trompeuses au sens de l'article 5a, paragraphe 6, de l'UWG puisqu'elles ne dissimulaient pas leur caractère publicitaire.

24. Saisi d'un recours en « Revision » par StWL, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) considère que sa réponse à la question de savoir s'il existe un droit à la cessation de la pratique en cause dépend de l'interprétation de l'article 2, second alinéa, sous d) et h), et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 ainsi que de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29 et des notions de « courrier électronique », d'« utilisation » et de « sollicitation ».

25. En effet, selon la juridiction de renvoi, le comportement reproché à eprimo pourrait être illicite par application de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG, qui transpose l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58. Elle indique qu'il est également envisageable que la publicité soit illicite par application de l'article 7, paragraphe 2, point 1, de l'UWG, qui transpose l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29.

26. Dans un premier temps, s'agissant du volet relatif à l'application de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG, qui transpose l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, la juridiction de renvoi souhaite obtenir de la Cour des éclaircissements sur les notions de « courrier électronique » et d'« utilisation » de ce dernier à des fins de prospection directe.

27. Pour déterminer si la publicité en cause relève de la notion de « courrier électronique », cette juridiction constate, d'abord, que le message qui a été transmis en temps réel par l'exploitant du serveur publicitaire à la boîte de réception du compte de messagerie électronique à la suite de l'ouverture de cette page Internet, effectuée par l'utilisateur au moyen de la connexion, et affiché sur ladite page, où il pouvait être lu par cet utilisateur, constitue une « communication », au sens de l'article 2, second alinéa, sous d), de la directive 2002/58. Elle estime, ensuite, qu'il convient de vérifier si un message publicitaire tel que celui en cause au principal peut être qualifié de « courrier électronique », au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de cette directive.

28. À cet égard, elle s'interroge sur le critère de l'envoi du message mentionné dans cette disposition. En effet, la publicité dans la boîte de réception n'est pas transmise par l'utilisateur d'un service de messagerie électronique à un autre utilisateur, mais elle est affichée par des serveurs publicitaires, à la suite de l'ouverture du compte de messagerie électronique, dans certains espaces de la boîte de réception prévus à cet effet, d'un utilisateur sélectionné de manière aléatoire. En appliquant les critères d'un courriel traditionnel, l'« envoi » du message pourrait donc faire défaut, de sorte que la publicité apparaissant dans cette boîte de réception ne pourrait pas être qualifiée de « courrier électronique ». Cependant, la juridiction de renvoi se demande si l'objectif de protection de la vie privée de l'utilisateur énoncé au considérant 40 et poursuivi par l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 ne pourrait pas militer en faveur d'une approche fonctionnelle et non technique de la définition d'« envoi ». Cet objectif pourrait justifier d'interpréter la notion d'« envoi » non pas en se fondant sur les formes traditionnelles de communication électronique, à savoir dans le sens de l'expédition par un utilisateur donné à un autre utilisateur prédéterminé, mais de manière fonctionnelle, dans le sens d'une diffusion.

29. Par ailleurs, la juridiction de renvoi s'interroge sur la définition de la notion de « récupération » figurant à l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58. Cette juridiction explique qu'il pourrait ressortir de cette disposition, lue en combinaison avec le considérant 27 de cette même directive[11], que la récupération du message suppose un comportement délibéré du destinataire qui, en ouvrant son compte de messagerie électronique, manifeste sa volonté que ses courriels, stockés sur le serveur du service de messagerie électronique, soient affichés et lui soient transmis, alors que, en ce qui concerne la publicité en cause, laquelle est stockée sur un serveur publicitaire contrôlé par la société qui les diffuse, l'utilisateur doit uniquement ouvrir le service de messagerie électronique pour que la bannière publicitaire s'affiche en temps réel, sans que l'internaute se rende compte de ce processus et puisse se prononcer, par une décision exprimant sa volonté, pour ou contre cet affichage. En

[11] Aux termes de ce considérant, « [l]e moment exact où s'achève la transmission d'une communication, au-delà duquel les données relatives au trafic doivent être effacées sauf à des fins de facturation, peut dépendre du type de service de communications électroniques fourni. Ainsi, [...] dans le cas d'un courrier électronique, la transmission prend fin dès que le destinataire récupère le message, généralement à partir du serveur de son fournisseur de service ».

somme, la récupération visée à l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58 supposerait une opération de la part de l'utilisateur en vue de la transmission d'un message, généralement à partir du serveur du fournisseur de services. Toutefois, ladite juridiction estime que l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 imposerait de protéger l'utilisateur contre des communications publicitaires non sollicitées et, par conséquent, de considérer que l'ouverture du compte de messagerie électronique sur Internet suffit pour constituer un acte final de récupération.

30. En outre, la juridiction de renvoi relève que, avant son insertion, déclenchée par la connexion, dans la boîte de réception, la publicité litigieuse était stockée sur un serveur publicitaire et donc dans le réseau. Il ne saurait, selon elle, être déduit du considérant 27 de la directive 2002/58 qu'un courrier électronique ne vise que des messages qui sont stockés sur le serveur du fournisseur de services lui-même.

31. La juridiction de renvoi se demande également s'il y a un « courrier électronique », au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lorsqu'un message n'est pas transmis à un destinataire individuel déjà concrètement défini avant la transmission, mais affiché, comme en l'espèce, de manière aléatoire. La juridiction de renvoi relève, à cet égard, que la publicité litigieuse a été effectuée de manière aléatoire auprès des clients du service de messagerie électronique gratuit, sans qu'une communication préalable relative à l'accord du client ait été possible. Cela étant, elle estime qu'il n'est pas possible de déduire de l'exigence d'un consentement préalable prévue par cette disposition que toutes les formes de prospection directe par des réseaux de communication sont autorisées dès lors que le consentement des utilisateurs du service de messagerie électronique ne peut pas être recueilli avant l'affichage d'une publicité, et ce en raison des procédés techniques utilisés par l'annonceur.

32. De plus, la juridiction de renvoi considère que la notion d'« utilisation » du courrier électronique, au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, doit être définie et se demande si, pour relever de cette notion, la « charge »[12] imposée à l'utilisateur doit aller au-delà d'une gêne qui lui serait causée. À cet égard, elle constate que, la publicité en cause ayant l'apparence d'un courriel et étant, dès lors, plus visible qu'une publicité à l'extérieur de la boîte de réception, la gêne est plus importante que dans le cas d'une publicité affichée en marge de la boîte de réception, et que, dans ces conditions, l'objectif de protection de la vie privée des utilisateurs pourrait ne pas être rempli.

33. Dans un second temps, s'agissant du volet relatif à l'application de l'article 7, paragraphe 2, point 1, de l'UWG, qui transpose l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29, la juridiction de renvoi estime que les critères de la « sollicitation », au sens de cette disposition, doivent être précisés. Selon cette juridiction, la sollicitation est exclue lorsque la communication s'adresse au grand public. Elle suppose, au contraire, une publicité s'adressant de manière ciblée à un client individuel. À cet égard, ladite juridiction se demande s'il faut, pour qu'il y ait publicité individuelle ciblée satisfaisant aux critères de la sollicitation, qu'un client soit contacté au moyen d'un outil traditionnel de communication individuelle entre un expéditeur et un destinataire, tel que le téléphone, le télécopieur ou un courrier électronique, ou bien s'il suffit que, comme en l'espèce, le lien avec un utilisateur soit établi par l'affichage de la publicité dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique, c'est-à-dire dans une rubrique où il s'attend à recevoir des messages qui lui sont adressés à titre individuel.

[12] Voir considérant 40 de la directive 2002/58.

34. Selon la juridiction de renvoi, dans la mesure où la publicité insérée dans cette boîte de réception cause à l'utilisateur une gêne plus importante que celle provoquée par des bannières publicitaires traditionnelles qui, en s'affichant dans les rubriques d'un site Internet qui sont normalement prévues à cet effet, ne présentent pas le même caractère individuel, l'objectif de protection poursuivi par l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29 est vraisemblablement également en cause.

35. Par ailleurs, la juridiction de renvoi considère que les autres conditions de la pratique qui est interdite par cette disposition sont réunies. Elle relève, à cet égard, que l'utilisateur du service de messagerie électronique a été sollicité trois fois au total, c'est-à-dire à plusieurs reprises et donc de manière répétée, par de la publicité insérée dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique. Une telle publicité n'aurait pas été souhaitée, dans la mesure où cet utilisateur avait expressément fait part à eprimo de sa volonté de ne pas recevoir de messages publicitaires tels que ceux en cause au principal.

36. Dans ces conditions, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les critères de la notion d'"envoi" au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive [2002/58] sont-ils remplis lorsqu'un message n'est pas transmis par un utilisateur d'un service de communications électroniques à un autre utilisateur, par l'intermédiaire d'une entreprise de services, à l'"adresse" électronique du second utilisateur, mais est affiché de manière automatisée, par des serveurs publicitaires, à la suite de l'ouverture de la page Internet, protégée par un mot de passe, correspondant à un compte de messagerie électronique, dans certains espaces, prévus à cet effet, de la boîte de réception électronique d'un utilisateur sélectionné de manière aléatoire (publicité dans la boîte de réception) ?

2) La récupération d'un message au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58 suppose-t-elle que le destinataire, après avoir pris connaissance de la présence d'un message, déclenche, par une demande de récupération volontaire, une transmission des données du message en vertu d'un programme préétabli ou suffit-il que l'apparition du message dans la boîte de réception d'un compte de messagerie électronique soit déclenchée par le fait que l'utilisateur ouvre la page Internet, protégée par un mot de passe, correspondant à son compte de messagerie électronique ?

3) Y a-t-il également courrier électronique, au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lorsqu'un message n'est pas envoyé à un destinataire individuel déjà concrètement défini avant la transmission, mais est inséré dans la boîte de réception d'un utilisateur sélectionné de manière aléatoire ?

4) L'utilisation d'un courrier électronique à des fins de prospection directe, au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, n'est-elle caractérisée que lorsqu'il est constaté que la charge imposée à l'utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée ?

5) La publicité individuelle satisfaisant aux critères de la "sollicitation" au sens du point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive [2005/29] n'est-elle caractérisée que lorsqu'un client est contacté au moyen d'un outil traditionnel de communication individuelle entre un expéditeur et un destinataire ou suffit-il que, comme dans le cas de la publicité en cause en

l'espèce, le lien avec un individu soit établi par l'affichage de la publicité dans la boîte de réception d'un compte de messagerie électronique privé et donc dans une rubrique où le client s'attend à recevoir des messages qui lui sont individuellement adressés ? »

37. Interactive Media, eprimo, le gouvernement portugais et la Commission européenne ont déposé des observations écrites. StWL, Interactive Media, eprimo et la Commission ont répondu dans le délai imparti aux questions pour réponse écrite posées par la Cour.

IV. Analyse

38. Le présent renvoi préjudiciel invite la Cour à se prononcer sur le point de savoir si et, le cas échéant, selon quelles conditions peut être considérée comme compatible avec les dispositions pertinentes des directives 2002/58 et 2005/29 une pratique en vertu de laquelle des messages publicitaires sont affichés dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique qui est fourni gratuitement à cet utilisateur et qui est financé par la publicité payée par les annonceurs.

39. Ainsi qu'il ressort de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29, l'interdiction de « [s]e livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle », s'applique sans préjudice des règles énoncées notamment dans la directive 2002/58. Comme la juridiction de renvoi y invite la Cour, j'examinerai donc successivement les questions portant sur l'interprétation, d'une part, de la directive 2002/58 et, d'autre part, de la directive 2005/29.

A. Sur l'interprétation des dispositions pertinentes de la directive 2002/58

40. Par ses *première et deuxième questions*, la juridiction de renvoi demande, en substance, à la Cour de dire pour droit si les critères qui permettent de définir un « courrier électronique », au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58, sont remplis dans l'hypothèse d'un message publicitaire qui s'affiche dans la boîte de réception du compte de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique. Plus précisément, elle demande si un message peut être considéré comme étant « envoyé », au sens de cette disposition, lorsqu'il n'est pas transmis par cet utilisateur à un autre utilisateur par l'intermédiaire d'un fournisseur de services à l'adresse électronique de cet autre utilisateur, mais est affiché de manière automatisée, à la suite de l'ouverture de la page Internet d'un compte de messagerie sécurisé, dans la boîte de réception d'un utilisateur sélectionné de manière aléatoire. La juridiction de renvoi demande également s'il est nécessaire, afin qu'un message puisse être considéré comme étant « récupéré », au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58, que le destinataire déclenche volontairement la transmission des données du message en cause ou bien s'il est suffisant que ce message apparaisse dans la boîte de réception à la suite de l'ouverture de la page Internet du compte de messagerie sécurisé.

41. Par ses *troisième et quatrième questions*, la juridiction de renvoi sollicite une interprétation de la notion d'« utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58. Plus précisément, elle cherche à savoir, par sa troisième question, s'il y a « courrier électronique », au sens de cette disposition, lorsqu'un message n'est pas envoyé à un destinataire individuellement désigné avant la transmission, mais est inséré dans la boîte de réception d'un utilisateur sélectionné de manière aléatoire. En outre, la

juridiction de renvoi demande si une « utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, n'est établie que lorsqu'il est constaté que la charge imposée à l'utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée.

42. En vertu de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58, un courrier électronique est défini comme étant « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image ». Cet élément de la définition ne soulève pas de débat dans le cadre de la présente affaire et est assurément rempli par un message publicitaire tel que celui en cause au principal.

43. Cela étant précisé, trois autres critères doivent être remplis pour qu'un message puisse être qualifié de « courrier électronique », au sens de cette disposition. Premièrement, le message doit être « envoyé par un réseau public de communications ». Deuxièmement, ce message doit pouvoir « être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire ». Troisièmement, ledit message doit pouvoir être récupéré par son destinataire.

44. Deux thèses s'affrontent quant au point de savoir si un message publicitaire tel que celui en cause au principal remplit ces trois critères, que ce soit en totalité ou seulement en partie.

45. Selon la thèse opposée à la qualification de « courrier électronique », qui est défendue par eprimo et Interactive Media, un message publicitaire qui s'affiche de manière aléatoire dans la boîte de réception d'un compte de messagerie électronique ne peut être considéré comme étant envoyé, stocké et récupéré conformément à ce que requiert l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58. Les arguments invoqués à l'appui de cette thèse reposent sur l'idée selon laquelle un tel message ne dispose pas des caractéristiques propres à un courriel traditionnel. Premièrement, il ne ferait pas l'objet d'un envoi par un utilisateur à un autre, mais d'un affichage provisoire et automatisé dans la boîte de réception d'utilisateurs sélectionnés de manière aléatoire. Deuxièmement, un message publicitaire tel que celui en cause au principal ne serait pas stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire. Troisièmement, ce message ne ferait pas l'objet d'une récupération par son destinataire parce que celle-ci supposerait un comportement délibéré de la part du destinataire visant à prendre connaissance d'un message spécifique en le sélectionnant.

46. La thèse favorable à la qualification de « courrier électronique » d'un message publicitaire tel que celui en cause au principal, qui est soutenue par la juridiction de renvoi et, en partie, par le gouvernement portugais, repose, quant à elle, sur la nécessité de retenir une interprétation fonctionnelle de la notion de « courrier électronique » en vue d'atteindre l'objectif de protection de la vie privée des utilisateurs de services de messageries électroniques. Une telle interprétation a pour conséquence que chacun des critères de cette notion doit être apprécié de manière souple. Ainsi, un message publicitaire qui est diffusé et affiché dans la boîte de réception du compte de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique devrait être considéré, indépendamment de la technologie utilisée, comme lui étant « envoyé par un réseau public de communications », au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58. La circonstance que ce message soit stocké sur un serveur publicitaire et non dans l'équipement terminal du destinataire serait suffisante, car il pourrait être considéré qu'il s'agit d'un stockage « dans le réseau », au sens de cette même disposition. De plus, un tel message qui est affiché à l'ouverture de la page Internet du compte de messagerie électronique devrait être considéré comme étant récupéré, comme l'exige ladite disposition. Sur ce dernier point, l'argumentation du gouvernement portugais est plus nuancée puisqu'il estime qu'un message publicitaire affiché dans la boîte de réception d'un

tel compte n'est pas susceptible d'être récupéré par son destinataire. Toutefois, dans la mesure où ce message continue à être stocké sur le réseau, cela suffirait à le qualifier de « courrier électronique », au sens de l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58.

47. Au vu des arguments, souvent techniques, invoqués au soutien de chacune de ces deux thèses, je suis sensible à l'argumentation développée par la juridiction de renvoi dans le sens d'une interprétation fonctionnelle de la notion de « courrier électronique », qui pourrait conduire à considérer qu'un message publicitaire tel que celui en cause au principal remplit les critères prévus à l'article 2, second alinéa, sous h), de la directive 2002/58.

48. En tout état de cause, j'estime que cette notion ne doit pas être interprétée de façon isolée, mais en tenant compte de la disposition dans laquelle elle est utilisée, à savoir, en l'occurrence, l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58. Dans cette mesure, je rejoins StWL et la Commission pour considérer que la notion pertinente à interpréter dans le cadre de la présente affaire est celle d'« utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de cette disposition. Je concentrerai donc mon analyse sur l'interprétation de ladite disposition, en prenant en considération son libellé, son objectif et la nécessité de garantir son effet utile.

49. J'observe, à cet égard, que l'article 13 de la directive 2002/58 est intitulé « Communications non sollicitées ». Si l'on se réfère à la définition de la notion de « communication » figurant à l'article 2, second alinéa, sous d), de cette directive, l'article 13 de ladite directive a vocation à s'appliquer à « toute information échangée ou acheminée entre un nombre fini de parties au moyen d'un service de communications électroniques accessible au public ».

50. Si une communication relève du champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, elle est autorisée à condition qu'un consentement ait été obtenu préalablement de la part de son destinataire. Il résulte de l'article 2, second alinéa, sous f), de la directive 2002/58, lu en combinaison avec l'article 94, paragraphe 2, du règlement 2016/679, que ce consentement doit satisfaire aux exigences résultant de l'article 2, sous h), de la directive 95/46 ou bien de l'article 4, point 11, de ce règlement, selon que l'une ou l'autre de ces deux normes est applicable ratione temporis aux faits en cause au principal. S'agissant d'une action en cessation d'une pratique commerciale illicite, il n'est pas exclu que, dans l'hypothèse où la procédure introduite par StWL viserait à faire cesser le comportement d'eprimo pour l'avenir, le règlement 2016/679 soit applicable ratione temporis dans le cadre du litige au principal, et ce bien que les faits à l'origine de ce litige soient antérieurs au 25 mai 2018, date à laquelle ce règlement est devenu applicable, la directive 95/46 ayant été abrogée avec effet à cette même date [13]. Il s'ensuit qu'il doit s'agir, à tout le moins, d'une manifestation de volonté libre, spécifique et informée [14].

51. L'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 vient préciser à quels types de communications s'applique l'exigence d'un consentement préalable de la part de leurs destinataires. Il s'agit, d'une part, des communications qui ont pour finalité la prospection

[13] Voir, à cet égard, arrêt du 1er octobre 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, points 38 à 43), ainsi que conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, points 44 à 49). Voir, également, arrêt du 11 novembre 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, points 28 à 32).

[14] Comme la Cour l'a indiqué dans son arrêt du 11 novembre 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), « le libellé de l'article 4, point 11, [du règlement 2016/679], qui définit le "consentement de la personne concernée", aux fins [de ce règlement], apparaît encore plus strict que celui de l'article 2, sous h), de la directive 95/46, en ce qu'il requiert une manifestation de volonté "libre, spécifique, éclairée et univoque" de la personne concernée, prenant la forme d'une déclaration ou d'"un acte positif clair" marquant son acceptation du traitement des données à caractère personnel la concernant. Ainsi, un consentement actif est désormais expressément prévu par [ledit] règlement » (point 36 et jurisprudence citée).

directe, c'est-à-dire des communications à finalité commerciale qui sont adressées directement et individuellement à des utilisateurs de services de communications électroniques. D'autre part, ces communications doivent parvenir à ces derniers par « [l]'utilisation de systèmes automatisés d'appel et de communication sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique ».

52. L'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 n'a dès lors pas vocation à s'appliquer de manière générale aux fenêtres publicitaires qui peuvent apparaître lors de la consultation de sites Internet. Cette disposition concerne uniquement les communications ayant pour objet la prospection directe qui atteignent directement et individuellement leurs destinataires en ayant recours à certains vecteurs de communication électronique, tels que le courrier électronique [15].

53. La rédaction actuelle de l'article 13 de la directive 2002/58 est issue de la directive 2009/136, dont le considérant 67 indique que « [l]es garanties apportées aux abonnés contre les atteintes à leur vie privée par des communications non sollicitées à des fins de prospection directe au moyen du courrier électronique *devraient aussi s'appliquer aux SMS, MMS et autres applications de nature semblables* » [16]. Le législateur de l'Union a ainsi souhaité retenir une conception large des moyens de communication électronique par lesquels sont effectuées des démarches de prospection directe, allant au-delà des seuls courriels. Cette conception large trouve également une expression au considérant 40 de la directive 2002/58 qui met en avant la nécessité de « protéger les abonnés contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, *en particulier* au moyen d'automates d'appel, de télécopies et de courriers électroniques, y compris les messages courts (SMS) » [17], ce qui laisse entendre, outre le fait que les courriers électroniques ne se limitent pas aux seuls courriels, que la liste des moyens de communication cités a un caractère non exhaustif. La volonté du législateur de l'Union de couvrir un spectre étendu de communications effectuées à des fins de prospection directe est également étayée par le considérant 4 de la directive 2002/58, dans lequel est affirmé l'objectif de « garantir un niveau égal de protection des données à caractère personnel et de la vie privée aux utilisateurs de services de communications électroniques accessibles au public, *indépendamment des technologies utilisées* » [18]. Cet objectif commande de retenir une conception dynamique et neutre du point de vue technologique des notions figurant dans la directive 2002/58.

54. Quelle que soit l'étendue des moyens de communication utilisés à des fins de prospection directe qui ont vocation à entrer dans le champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, il me paraît déterminant, dans la situation en cause au principal, que c'est bien en *utilisant* le courrier électronique que les messages publicitaires en cause au principal atteignent leurs destinataires. À l'instar de la Commission, je relève que ces messages apparaissent dans la boîte de réception du compte de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique, c'est-à-dire à un emplacement qui est normalement réservé aux courriers électroniques stricto sensu que constituent les courriels privés. L'expéditeur desdits messages se sert donc du courrier électronique pour atteindre le consommateur, de sorte qu'il s'agit bien de communications à des fins de prospection directe « au moyen du courrier électronique », conformément à ce qu'indique

[15] Il est, à cet égard, indifférent que, ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 13 juin 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), un service de messagerie électronique sur Internet ne constitue pas, en tant que tel, un « service de communications électroniques », au sens de l'article 2, sous c), de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009 (JO 2009, L 337, p. 37), dans la mesure où il ne consiste pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques.

[16] Italique ajouté par mes soins.

[17] Italique ajouté par mes soins.

[18] Italique ajouté par mes soins.

le considérant 67 de la directive 2009/136, à la lumière duquel l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 doit être interprété. L'insertion de messages tels que ceux en cause au principal dans la liste des courriels privés doit donc, à mon sens, être qualifiée d'*utilisation* du courrier électronique à des fins de prospection directe, qui entre dans le champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58.

55. En raison de son positionnement au sein de la boîte de réception du compte de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique, la pratique publicitaire litigieuse permet d'atteindre directement et individuellement cet utilisateur dans la sphère privée que constitue une telle boîte de réception, dont l'accès est protégé par un mot de passe, et ce avec une efficacité qui me paraît comparable à celle des courriels non sollicités (spam). Le choix de l'emplacement de la publicité litigieuse dans la boîte de réception n'est pas fait au hasard et constitue une différence importante, aux fins de l'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, avec les bannières publicitaires qui apparaissent en marge et de façon séparée de la liste des courriels privés. En effet, en apparaissant au même niveau que les courriels privés, la publicité litigieuse bénéficie de la même attention que celle que l'utilisateur consacre à ces derniers. Comme le relève à juste titre la Commission, dans un tel cas de figure, les opérateurs économiques qui concourent à la diffusion de cette publicité utilisent la boîte de réception des courriels privés ainsi que l'intérêt et la confiance que les utilisateurs d'un service de messagerie électronique portent à cette boîte de réception en donnant à leurs messages publicitaires un aspect qui, malgré certaines différences minimes, s'apparente à celui des courriels privés. Par ailleurs, dans la mesure où les messages publicitaires occupent des lignes de la boîte de réception qui sont normalement réservées aux courriels privés et en raison de leur ressemblance avec ces derniers, il existe un risque de confusion entre ces deux catégories de messages, pouvant conduire l'utilisateur qui cliquerait sur la ligne correspondant au message publicitaire à être redirigé contre sa volonté vers un site Internet présentant la publicité en cause, au lieu de continuer la consultation de ses courriels privés.

56. À l'instar de la Commission, j'estime que le constat selon lequel, contrairement aux courriels privés, le message publicitaire apparaît sur fond gris, n'occupe pas d'espace de stockage et n'offre pas les fonctionnalités habituelles des courriels n'empêche pas de reconnaître l'existence d'une atteinte à la vie privée des utilisateurs d'un service de messagerie électronique. Puisque, en apparaissant dans la même liste que les courriels privés, les messages publicitaires en cause au principal requièrent la même attention et la même action en vue de leur suppression que les courriels non sollicités (spam), l'intensité de la nuisance me paraît similaire. En outre, en raison de ce que ces messages ne disposent pas des mêmes fonctionnalités que les courriels, cela génère un élément de nuisance supplémentaire par rapport aux courriels non sollicités (spam), étant donné que le traitement spécifique qu'ils requièrent peut entraîner des erreurs lors de leur suppression ou des clics accidentels sur la publicité.

57. En somme, l'atteinte à la vie privée me semble être ici caractérisée par l'utilisation d'un moyen de communication, en l'occurrence le courrier électronique, qui est normalement réservé à l'envoi et la réception de correspondances privées. Contrairement aux bannières publicitaires qui apparaissent en marge et de façon séparée de la liste des courriels privés, la présence des messages publicitaires en cause au principal à l'intérieur de la boîte de réception des courriels privés, que l'utilisateur considère comme relevant de sa sphère privée, gêne l'accès à ces derniers à un degré et d'une manière très semblables à ce qui est le cas pour les courriels non sollicités (spam). Il s'ensuit que, de mon point de vue, il est ainsi porté atteinte à l'objectif de protection des utilisateurs contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe que poursuit l'article 13, paragraphe 1, de la

directive 2002/58, lu à la lumière du considérant 40 de celle-ci ainsi que du considérant 67 de la directive 2009/136. L'intrusion dans la sphère privée par l'utilisation de la boîte de réception du courrier électronique est dès lors établie et elle suffit, à mon avis, à soumettre la technique de prospection directe en cause au principal à l'exigence d'un consentement préalable de la part de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique.

58. Il serait, selon moi, porté atteinte à l'effet utile de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 s'il était admis que des messages publicitaires tels que ceux en cause au principal puissent apparaître dans la boîte de réception du compte de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique sans que celui-ci ait préalablement donné son consentement pour recevoir, sous cette forme et à cet emplacement, de tels messages.

59. L'objectif recherché par le législateur de l'Union, qui consiste à protéger l'utilisateur contre une saturation permanente de ses boîtes de réception ou de ses lignes téléphoniques privées par des messages ou des appels commerciaux non sollicités, impose dès lors de garantir l'effet utile de cette disposition. Cela implique que celle-ci doit être interprétée en ce sens qu'elle vise des messages publicitaires qui, en raison de leur ressemblance avec un courriel privé et de leur positionnement dans la liste des courriels privés, portent atteinte à la vie privée des utilisateurs de services de messagerie électronique. Une telle interprétation devrait être retenue afin d'éviter que l'exigence de consentement préalable imposée par l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 puisse être contournée, alors même qu'un message publicitaire tel que celui en cause au principal constitue indéniablement, selon moi, un acte de prospection directe par voie électronique utilisant pour sa diffusion la boîte de réception normalement destinée aux seuls courriels privés, en produisant les mêmes effets et la même nuisance qu'un courriel publicitaire non sollicité (spam), lequel constitue l'une des cibles principales de cette disposition.

60. Par ailleurs, il importe, au regard de l'objectif de neutralité technologique que poursuit également le législateur de l'Union, comme je l'ai indiqué précédemment, de retenir une interprétation large du champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 afin de pouvoir appréhender de nouvelles techniques de prospection directe.

61. J'ajoute, en réponse à la troisième question posée par la juridiction de renvoi, que la circonstance qu'un message publicitaire tel que celui en cause au principal soit inséré dans la boîte de réception d'un utilisateur sélectionné de manière aléatoire n'empêche nullement, à mon avis, de constater l'existence d'une « utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58. En effet, j'estime, à l'instar du gouvernement portugais, que le choix aléatoire ou prédéfini du destinataire ne constitue pas une condition de l'application de cette disposition. En d'autres termes, il importe peu que la publicité en cause soit adressée à un destinataire prédéterminé et individuellement identifié ou bien qu'il s'agisse d'une diffusion massive et aléatoire auprès de multiples destinataires. Ce qui importe est qu'il existe une communication à finalité commerciale qui atteint directement et individuellement un ou plusieurs utilisateurs de services de messagerie électronique en étant insérée dans la boîte de réception du compte de messagerie électronique de ces utilisateurs.

62. Il convient également de préciser, en réponse à la quatrième question posée par la juridiction de renvoi, qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de qualifier une démarche publicitaire telle que celle en cause au principal d'« utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, de constater que la charge imposée à l'utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée. En effet, ainsi qu'il ressort du

considérant 40 de cette directive, l'exigence de consentement préalable prévue à cette disposition s'explique notamment par le fait que les communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe peuvent « imposer une charge et/ou un coût à leur destinataire ». Dès lors que de telles communications entrent dans le champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, il y a lieu de présumer qu'elles imposent une charge pour leur destinataire sans qu'il soit nécessaire de déterminer si cette charge va au-delà d'une gêne qui lui serait causée.

63. Il résulte des développements qui précèdent qu'un message publicitaire tel que celui en cause au principal relève, selon moi, du champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58. Par conséquent, un acte de prospection directe de ce type n'est pas autorisé si son destinataire n'y a pas préalablement consenti.

64. Comme je l'ai précédemment indiqué, il doit s'agir, à tout le moins, d'un consentement libre, spécifique et informé [19].

65. À cet égard, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si, lors du processus d'enregistrement de l'adresse gratuite de messagerie électronique ou à un autre moment, l'utilisateur a été informé des modalités précises selon lesquelles la publicité est diffusée à l'ouverture de la page Internet correspondant au compte de cette messagerie. En particulier, il convient de s'assurer que cet utilisateur a été informé de façon claire et précise que des bannières publicitaires sont affichées non seulement en marge et de manière séparée de la liste des courriels privés, mais également au sein même de cette liste. Une telle information doit permettre audit utilisateur de déterminer facilement les conséquences du consentement qu'il pourrait donner et de garantir que ce consentement soit donné en pleine connaissance de cause [20]. Sur cette base, il importe de vérifier que ce même utilisateur a donné son consentement de façon spécifique sur le procédé publicitaire en cause au principal, c'est-à-dire qu'il doit avoir expressément consenti à recevoir des messages publicitaires dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique [21].

66. Certes, le modèle économique sur lequel fonctionnent nombre de fournisseurs de services de messagerie électronique sur Internet repose souvent sur la publicité. À cet égard, l'utilisateur de tels services accepte que la gratuité du service soit en quelque sorte compensée par l'affichage de publicités. Cela ne modifie cependant pas l'exigence selon laquelle une telle acceptation de la publicité, lorsque celle-ci se manifeste au sein même de la boîte de réception du compte de messagerie électronique, doit, en vertu de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, se traduire par un consentement de la part de l'utilisateur d'un tel compte.

67. Au vu des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre à la juridiction de renvoi que l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 doit être interprété en ce sens que constitue une « utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de cette disposition, l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle des courriels et au même emplacement que ces derniers, la détermination aléatoire des destinataires

[19] Voir point 50 des présentes conclusions.

[20] Voir, notamment, arrêt du 11 novembre 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, point 40 et jurisprudence citée).

[21] Comme la Cour l'a indiqué dans son arrêt du 11 novembre 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), « l'article 2, sous h), de la directive 95/46 et l'article 4, point 11, du règlement 2016/679 exigent une manifestation de volonté "spécifique", en ce sens qu'elle doit porter précisément sur le traitement de données concerné et ne saurait être déduite d'une manifestation de volonté ayant un objet distinct » (point 38 et jurisprudence citée).

desdits messages n'ayant pas d'incidence à cet égard et sans qu'il soit nécessaire de constater que la charge imposée à cet utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si ledit utilisateur a donné un consentement qui soit, à tout le moins, libre, spécifique et informé, préalablement à l'affichage de tels messages publicitaires dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique.

B. Sur l'interprétation de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29

68. Par sa cinquième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29 doit être interprétée en ce sens que constitue des sollicitations répétées et non souhaitées par courrier électronique l'affichage de messages publicitaires dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique.

69. L'article 5 de la directive 2005/29 fixe, à son paragraphe 2, les critères permettant de déterminer si une pratique commerciale présente un caractère déloyal et précise, à son paragraphe 4, que sont déloyales, en particulier, les pratiques commerciales qui sont « trompeuses », au sens des articles 6 et 7 de cette directive, et celles qui sont « agressives », au sens des articles 8 et 9 de ladite directive. L'article 5, paragraphe 5, de la directive 2005/29 prévoit, par ailleurs, que l'annexe I de celle-ci « contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances ». À cet égard, le considérant 17 de la directive 2005/29 précise que, en vue d'apporter une plus grande sécurité juridique, seules les pratiques énumérées à l'annexe I de celle-ci sont réputées déloyales en toutes circonstances, sans qu'elles doivent faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de ladite directive [22]. L'annexe I de la directive 2005/29 constituant une liste complète et exhaustive, la pratique commerciale en cause au principal ne saurait être qualifiée de pratique commerciale agressive en toutes circonstances, au sens de cette directive, qu'à la condition qu'elle corresponde à l'une des situations énumérées aux points 24 à 31 de cette annexe [23].

70. Parmi les « [p]ratiques commerciales agressives » mentionnées dans cette annexe I figure, au point 26, le fait de « [s]e livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ».

71. Comme je l'ai indiqué précédemment, un message publicitaire tel que celui en cause au principal atteint directement et individuellement l'utilisateur d'un service de messagerie électronique, dans la mesure où il s'affiche dans la boîte de réception du compte de cet utilisateur en étant inséré parmi ses courriels privés. Du point de vue dudit utilisateur, ce message publicitaire prend l'aspect d'un courriel qui lui aurait été envoyé individuellement. Ainsi que l'indique la Commission, l'effet dudit message est donc semblable à celui d'une prospection directe individualisée, que l'annonceur ait ou non individualisé ce destinataire spécifique lors de la préparation technique du message en cause et que ce message soit ou non traité différemment des courriels en termes d'espace de stockage et de fonctionnalités.

[22] Voir, notamment, arrêt du 13 septembre 2018, Wind Tre et Vodafone Italia (C-54/17 et C-55/17, EU:C:2018:710, point 40 et jurisprudence citée).

[23] Voir arrêt du 12 juin 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, point 25).

72. Je considère, par conséquent, qu'un message publicitaire tel que celui en cause au principal, qui revêt les caractéristiques d'une démarche de prospection directe et est diffusé à cette fin, constitue une « sollicitation » des utilisateurs de services de messagerie électronique, dans la mesure où ce message leur est adressé directement et individuellement dans un espace qui est réservé à leurs courriels privés.

73. S'agissant des caractéristiques que doivent revêtir les « sollicitations » pour être couvertes par l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29, à savoir qu'elles doivent être « répétées et non souhaitées », j'estime qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier si elles sont présentes dans le cadre du litige au principal. Aux fins de cette vérification, je précise que l'affichage d'un message publicitaire tel que celui en cause au principal devrait, à la lumière de la définition que l'article 8 de la directive 2005/29 donne de ce qui constitue une pratique commerciale agressive, être suffisamment fréquent et régulier pour pouvoir être qualifié de « sollicitations répétées », ce qui ne me paraît pas être le cas s'agissant d'un message étant apparu à trois reprises seulement. En revanche, il s'agirait bien, à mon avis, de sollicitations « non souhaitées » s'il était établi que l'utilisateur du service de messagerie électronique n'a pas donné son consentement préalablement à l'affichage de messages publicitaires dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique. Il y a également lieu de tenir compte du fait que cet utilisateur a adressé une mise en demeure à eprimo le 20 décembre 2016 au sujet d'une publicité du 12 décembre 2016 et a ainsi expressément fait part à cette société de sa volonté de ne pas recevoir ce type de publicité.

74. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, il y a lieu, selon moi, de répondre à la cinquième question que la notion de « sollicitations répétées et non souhaitées par [...] courrier électronique », au sens de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29, doit être interprétée en ce sens qu'elle est susceptible de couvrir des comportements, tels que ceux en cause au principal, consistant dans l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle des courriels et au même emplacement que ces derniers. Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier, d'une part, si l'affichage de ces messages publicitaires a eu un caractère suffisamment fréquent et régulier pour pouvoir être qualifié de sollicitations « répétées » et, d'autre part, si l'affichage desdits messages peut être qualifié de sollicitations « non souhaitées », en tenant compte de l'existence ou non d'un consentement donné par cet utilisateur préalablement à cet affichage ainsi que de l'opposition à un tel procédé publicitaire exprimée par ledit utilisateur.

V. Conclusion

75. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) de la manière suivante :

1) L'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, doit être interprété en ce sens que constitue une « utilisation [...] de courrier électronique à des fins de prospection directe », au sens de cette disposition, l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle des courriels et

au même emplacement que ces derniers, la détermination aléatoire des destinataires desdits messages n'ayant pas d'incidence à cet égard et sans qu'il soit nécessaire de constater que la charge imposée à cet utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si ledit utilisateur a donné un consentement qui soit, à tout le moins, libre, spécifique et informé, préalablement à l'affichage de tels messages publicitaires dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique.

2) La notion de « sollicitations répétées et non souhaitées par [...] courrier électronique », au sens de l'annexe I, point 26, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) nº 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), doit être interprétée en ce sens qu'elle est susceptible de couvrir des comportements, tels que ceux en cause au principal, consistant dans l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle des courriels et au même emplacement que ces derniers. Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier, d'une part, si l'affichage de ces messages publicitaires a eu un caractère suffisamment fréquent et régulier pour pouvoir être qualifié de sollicitations « répétées » et, d'autre part, si l'affichage desdits messages peut être qualifié de sollicitations « non souhaitées », en tenant compte de l'existence ou non d'un consentement donné par cet utilisateur préalablement à cet affichage ainsi que de l'opposition à un tel procédé publicitaire exprimée par ledit utilisateur.