

Affaire C-102/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

26 février 2020

Jurisdiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

30 janvier 2020

Partie requérante et requérante en « Revision » :

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

Partie défenderesse et défenderesse en « Revision » :

eprimo GmbH

Partie intervenante au soutien de la partie défenderesse :

Interactive Media CCSP GmbH

BUNDESGERICHTSHOF

DÉCISION

[omissis]

[omissis : cachet relatif
au prononcé]

dans le litige opposant

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH, [omissis] Lauf,

partie requérante et requérante en « Revision »,

[omissis]

à

eprimo GmbH, [omissis] Neu-Isenburg,

partie défenderesse et défenderesse en « Revision »,

[omissis]

Partie intervenante au soutien de la partie défenderesse :

Interactive Media CCSP GmbH, [omissis] Darmstadt

[omissis] **[Or. 2]**

La première chambre civile du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) a, le 30 janvier 2020, [omissis : composition de la formation de jugement]

rendu la décision suivante :

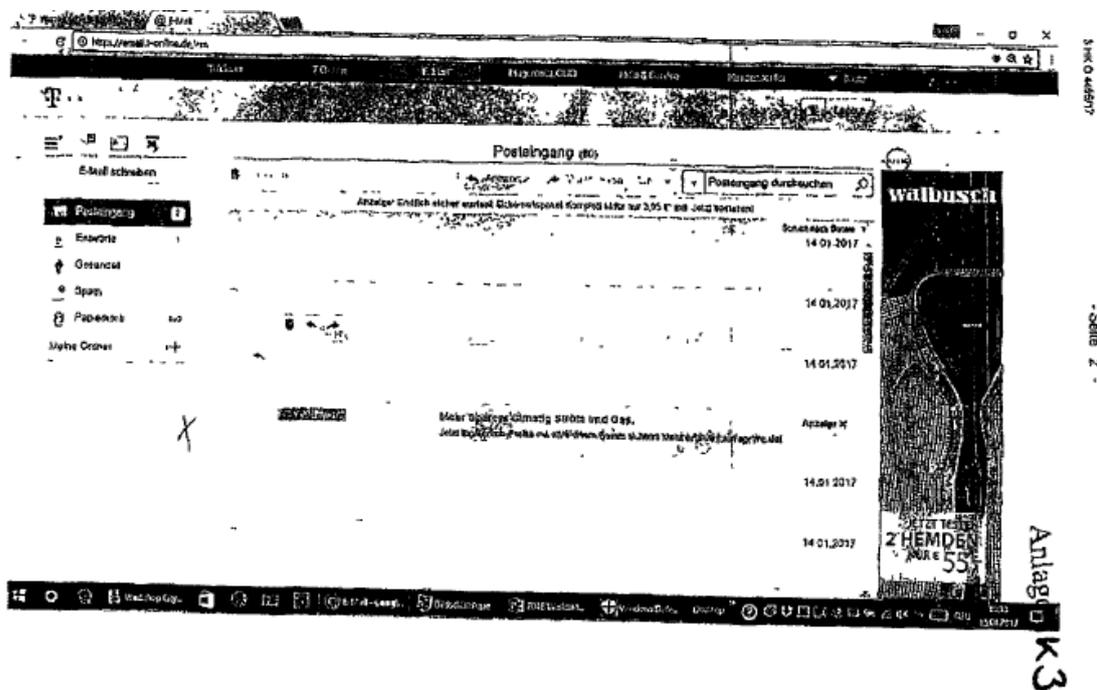
- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie à titre préjudiciel des questions suivantes, relatives à l'interprétation de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, 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), ainsi que du point 26 de l'annexe I 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) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive sur les pratiques commerciales déloyales) :
 1. Les critères de la notion d'envoi au sens de l'article 2, deuxième 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, deuxième 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 **[Or. 3]** 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-t-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 ?

Motifs

- 1 A. Les parties fournissent de l'électricité à des clients finaux. La partie qui intervient au soutien de la défenderesse est une agence de publicité.
- 2 La défenderesse a chargé l'intervenante de diffuser des annonces publicitaires dans les boîtes aux lettres électroniques d'utilisateurs du service gratuit de messagerie électronique **[Or. 4]** T-Online. La publicité a été mise en œuvre de telle sorte que le message publicitaire suivant est apparu, le 15 janvier 2017, dans la boîte aux lettres privée d'un utilisateur de ce service de messagerie électronique, et plus précisément dans la rubrique dans laquelle les courriels reçus sont indiqués sous forme de liste (ci-après la « boîte de réception »), en étant inséré entre des courriels reçus : « eprimo Mehr Sparen : Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern ! Mehr erfahren auf eprimo.de » [eprimo Pour plus d'économies : l'électricité et le gaz à un prix

avantageux. Assurez-vous maintenant de pouvoir bénéficier des super-prix d'eprimo et d'une prime attractive ! Plus d'informations sur eprimo.de].



- 3 Des messages publicitaires analogues étaient déjà apparus dans la boîte de réception de l'utilisateur les 12 décembre 2016 et 13 janvier 2017.
- 4 Ce type de publicité est placé sur des espaces publicitaires spéciaux dans la boîte de réception de la boîte aux lettres du service gratuit de messagerie électronique de Telekom Deutschland GmbH. Appelé « T-Online.de Mail Ad », il pouvait être retenu par les annonceurs s'adressant à ce fournisseur. Un code JavaScript d'un serveur publicitaire (TAG) [Or. 5] était associé à l'endroit en question de la boîte de réception sur la page Internet consultée par l'utilisateur d'une telle boîte aux lettres électronique gratuite. De ce fait, à l'ouverture de la page Internet, une demande (Adrequest) était envoyée au serveur publicitaire afin qu'il affiche une bannière publicitaire du panier. Le serveur publicitaire envoyait ensuite les paramètres correspondants au navigateur Internet de l'utilisateur, de sorte qu'une bannière publicitaire sélectionnée de manière aléatoire était affichée dans la boîte de réception de l'utilisateur. Si l'utilisateur cliquait sur la publicité affichée, la saisie était tout d'abord transmise au serveur publicitaire qui enregistrerait le clic et qui redirigeait le navigateur vers le site de l'annonceur. La publicité apparaissant dans la boîte de réception était assortie de la mention « Anzeige » [annonce] et pouvait être supprimée dans la boîte de réception en cliquant sur le symbole « x » qui figurait à côté de celle-ci. À la différence des courriels de l'utilisateur qui étaient affichés dans la boîte de réception, la publicité apparaissait en grisé et ne comportait ni date ni expéditeur. En outre, elle 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 de l'utilisateur qui était indiqué par le service et elle n'occupait pas d'espace de stockage dans la boîte de réception de l'utilisateur.

5 La requérante estime que cette publicité est contraire au droit de la concurrence en ce qu'elle constitue une gêne inacceptable et qu'elle est trompeuse.

6 Faisant droit aux conclusions de la requérante, le Landgericht (tribunal régional, Allemagne) a ordonné à la défenderesse, sous peine d'astreinte, 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.de » en lien avec la distribution d'électricité à des consommateurs finals, lorsque cela est effectué de la façon suivante [omissis : insertion de la publicité reproduite ci-dessus]. **[Or. 6]**

[omissis : mention des autres éléments, non pertinents en l'espèce, de la décision du Landgericht (tribunal régional)]. Saisie par la défenderesse, la juridiction d'appel a rejeté le recours [omissis : référence de l'arrêt de la juridiction d'appel].

7 Dans le cadre de son recours en « Revision » déclaré recevable par la juridiction d'appel, la requérante conclut à la confirmation du jugement de première instance.

8 B. Le succès du recours en « Revision » dépend de l'interprétation de dispositions 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) et de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (directive sur les pratiques commerciales déloyales). Il convient donc, avant de statuer sur le recours en « Revision » de la requérante, de suspendre la procédure et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle, en application de [l'article] 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa, TFUE.

9 I. La juridiction d'appel a estimé que le recours était non fondé et considéré que le placement contesté de la publicité dans la boîte de réception de boîtes aux lettres électroniques privées n'était pas, au regard du droit de la concurrence, une pratique commerciale illicite. Elle a motivé sa décision comme suit [omissis] :

10 La publicité de la défenderesse ne constitue pas une gêne inacceptable impliquant l'utilisation du courrier électronique au sens de l'article 7, paragraphe 2, point 3, du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale, ci-après l'« UWG »). Il résulte d'une interprétation conforme à la directive 2002/58 que nous ne nous trouvons pas en présence de courrier électronique au sens de cette disposition. L'esprit et **[Or. 7]** la finalité de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 plaident également contre l'illicéité de la publicité dans la boîte de réception. La publicité

litigieuse ne se traduit pas pour l'utilisateur du service de messagerie électronique par des charges ou des coûts qui iraient au-delà de la gêne « normale » occasionnée par toute publicité. Le fonctionnement de la publicité litigieuse correspond dans l'ensemble à celui de l'insertion de bannières publicitaires au moyen de serveurs publicitaires, laquelle est indéniablement licite. L'appréciation du champ d'application de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG ne saurait dépendre du point de savoir si la publicité est placée à l'intérieur ou à l'extérieur de la boîte de réception du service de messagerie électronique.

- 11 Toujours selon la juridiction d'appel, la publicité de la défenderesse n'est 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'est pas non plus applicable, car il présuppose une « sollicitation », au sens d'un « comportement importunant » un consommateur, laquelle fait défaut en l'espèce. De plus, la publicité de la défenderesse ne constitue pas une gêne inacceptable au sens de la disposition générale de l'article 7, paragraphe 1, de l'UWG. Enfin, les annonces de la défenderesse ne dissimulant pas leur caractère publicitaire, elles ne sauraient pas davantage être considérées comme déloyales au motif qu'elles seraient trompeuses au sens de l'article 5a, paragraphe 6, de l'UWG.
- 12 II. Le succès du recours en « Revision » dépend du point de savoir si le droit d'obtenir la cessation de la pratique, invoqué par la requérante, existe. Ce droit présuppose, conformément à l'article 8, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG, que la défenderesse ou l'intervenante qu'elle a chargée de réaliser la publicité litigieuse, au sens de l'article 8, paragraphe 2, de l'UWG, se soient rendues coupables d'une pratique commerciale illicite au regard de l'article 3 ou de l'article 7 de l'UWG. Le comportement reproché à la défenderesse peut être illicite par application de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG (voir sous B II 2). Il est également envisageable que la publicité soit illicite par application de l'article 7, paragraphe 2, point 1, de l'UWG (voir sous B II 3). L'application de ces dispositions soulève des questions d'interprétation du droit de l'Union qui appellent des éclaircissements. Ces questions sont pertinentes aux fins de la solution du litige, car les prétentions de la requérante ne sont pas fondées au titre de la seule [Or. 8] violation de l'interdiction des publicités sous la forme d'un message qui dissimule l'identité de l'émetteur au sens de l'article 7, paragraphe 2, point 4, sous a), de l'UWG, de l'interdiction de la gêne inacceptable au sens de l'article 7, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG et de l'interdiction des pratiques trompeuses (voir sous B II 4).
- 13 1. Les conditions générales qui s'appliquent au droit, prévu par la législation sur la concurrence, d'obtenir la cessation de la pratique au motif qu'elle constitue une gêne inacceptable au regard de l'article 7 de l'UWG sont réunies. Les parties sont des concurrentes au sens de de l'article 8, paragraphe 3, point 1, de l'UWG.
- 14 2. Le bien-fondé des prétentions de la requérante dépend de l'interprétation de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG, à la lumière des dispositions de la

directive 2002/58. Il se pose à cet égard des questions d'interprétation de l'article 2, deuxième phrase, sous h), et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, qui appellent des éclaircissements.

- 15 a) Conformément à l'article 7, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG, les pratiques commerciales qui causent une gêne inacceptable à un acteur du marché sont illicites. Aux termes de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG, une gêne inacceptable doit toujours, c'est-à-dire sans que soient examinés les intérêts en présence dans un cas particulier [omissis : renvoi à la jurisprudence nationale], être présumée 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. Les dispositions de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG sont conformes au point 26 de l'annexe I de la directive 2005/29 et transposent l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 en droit allemand [omissis : renvoi à la jurisprudence et à la doctrine nationales]. Partant, elles doivent être interprétées en conformité avec le droit de l'Union et, en particulier, à la lumière de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 [omissis : renvoi à la jurisprudence nationale]. **[Or. 9]**
- 16 Aux termes de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, l'utilisation de systèmes automatisés d'appel 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. Conformément à l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58, les termes « courrier électronique » s'entendent de 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. Il est permis de se demander si ces conditions sont remplies dans les circonstances de l'espèce.
- 17 Il se pose, d'une part, la question de savoir si la publicité effectuée par la défenderesse ou par l'intervenante mandatée par elle au sens de l'article 8, paragraphe 2, de l'UWG, qui apparaît dans des espaces publicitaires spéciaux de la boîte de réception des boîtes aux lettres électroniques d'utilisateurs d'un service gratuit de messagerie électronique, doit être considérée comme relevant du courrier électronique au sens de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58 (voir sous B II 2 b). Il convient en outre de se demander si 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, présuppose l'envoi d'un message à un destinataire individuel déjà concrètement défini avant la transmission du message (voir sous B II 2 c). Il convient enfin de s'interroger sur le point de savoir si 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, présuppose la constatation d'une charge imposée à l'utilisateur qui va au-delà d'une gêne occasionnée (voir sous B II 2 d).

- 18 b) Il convient de se demander si la publicité en question, qui apparaît dans la boîte de réception, remplit les conditions nécessaires pour constituer un courrier électronique au sens de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58. **[Or. 10]**
- 19 aa) Il est vrai que la publicité litigieuse est un message sous forme de texte au sens de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58.
- 20 (1) Conformément à l'article 2, deuxième alinéa, sous d), première phrase, de la directive 2002/58, le terme « communication » s'entend de toute information échangée ou acheminée entre un nombre fini de parties au moyen d'un service de communications électroniques accessible au public.
- 21 (2) Ces conditions sont réunies.
- 22 La publicité de la défenderesse comporte une information sous forme de texte qui vante, à des fins publicitaires, l'offre de la défenderesse au moyen du texte suivant « eprimo Mehr Sparen : Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern ! Mehr erfahren auf eprimo.de ! ».
- 23 Cette information a été acheminée entre un nombre fini de parties. L'acheminement à l'utilisateur du compte de messagerie électronique a été opéré de la façon suivante : le message 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 cette page, où il pouvait être lu par l'utilisateur de ce compte de messagerie électronique.
- 24 En outre, l'information promotionnelle a été acheminée au moyen d'un service de communications électroniques accessible au public. La publicité a été déclenchée par l'ouverture du compte de messagerie électronique de l'utilisateur, consultable sur Internet, et reproduite dans la boîte de réception prévue sur ce site Internet pour l'affichage des courriels reçus. La publicité a, par conséquent, été acheminée – tout comme les courriels – sous forme électronique sur Internet et, partant, vers un outil **[Or. 11]** accessible au public. Un service de messagerie accessible aux utilisateurs sur Internet est un service de communications électroniques.
- 25 bb) Il convient cependant de se demander si la publicité litigieuse, qui apparaît dans la boîte de réception, a été « envoyée » au sens de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58. La première question préjudicielle vise à clarifier ce point.
- 26 (1) La juridiction d'appel a estimé qu'il ressort de la notion d'« envoi », considérée conjointement avec les notions de « courrier » et de « réseau de communications » également employées à l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58, qu'il n'y a « courrier électronique » qu'en cas d'envoi d'un message d'un utilisateur à un autre utilisateur par une entreprise de services (telle

que, par exemple, un fournisseur de messagerie électronique), laquelle procède à la transmission électronique à l'« adresse » électronique (telle que, par exemple, une adresse de messagerie) du second utilisateur. Selon la juridiction d'appel, la publicité n'est pas adressée à des clients déterminés en l'espèce, étant donné qu'elle est uniquement présentée, par l'intermédiaire d'un serveur publicitaire, dans un espace préalablement défini d'une page Internet au moyen d'un lien « AdTags/AdSlots » préétabli sur le site Internet.

- 27 (2) Il y a lieu de reconnaître, en faveur de cette position axée sur les critères d'un courriel traditionnel, que, lors de l'adoption de la directive 2002/58, le législateur semble également avoir considéré le courriel comme une forme classique de courrier électronique s'ajoutant aux messages courts (SMS) qui sont expressément mentionnés au considérant 40 de cette directive.
- 28 Si l'on applique, dans le cadre de l'interprétation de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58, ces conditions analogues aux critères d'un courriel traditionnel et retenues par la juridiction d'appel, l'« envoi » du message fait défaut en l'espèce, si bien que la publicité contestée, apparaissant dans la boîte de réception, ne **[Or. 12]** constitue pas un courrier électronique. La publicité dans la boîte de réception n'est pas transmise par un utilisateur d'un service de communications électroniques à un autre utilisateur, choisi par le premier, par l'intermédiaire d'une entreprise de services (telle que, par exemple, un fournisseur de messagerie électronique), et ce à l'« adresse » électronique (telle que, par exemple, une adresse de messagerie) du second 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.
- 29 (3) Certes, l'objectif de protection de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 pourrait militer contre l'interprétation du critère de l'envoi qui est défendue par la juridiction d'appel et qui repose sur les critères d'un courriel traditionnel. Cette disposition, qui reprend la notion de courrier électronique définie à l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58 et qui régit son utilisation, vise à protéger les utilisateurs contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe (voir considérant 40 de la directive 2002/58). Il n'apparaît pas que, eu égard à l'évolution rapide prévisible de la technique, le législateur ait entendu circonscrire, de manière statique, la notion de courrier électronique aux formes « classiques » du courriel, du SMS et du MMS qui étaient connues à la date de l'entrée en vigueur de la directive. Il est plus logique de considérer que, dans l'intérêt de la protection de la vie privée de l'utilisateur, il a opté pour une notion dynamique et neutre du point de vue de la technique [omissis : renvoi à la doctrine nationale], qui permet, par exemple, de viser également les communications électroniques dans le cadre des réseaux sociaux, qui ne sont apparues que récemment [omissis : renvoi à la doctrine nationale]. Étant donné qu'il peut être porté atteinte à la vie privée des utilisateurs de moyens de communication électroniques non seulement à l'aide de messages non sollicités

transmis via les formes classiques de communication électronique individuelle telles que les courriels, les SMS ou les MMS, mais **[Or. 13]** également à l'aide de nouvelles formes de communication électronique de masse, il semble justifié d'interpréter la notion d'envoi non 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 [omissis : renvoi à la doctrine nationale].

- 30 Si l'on se fonde sur cette acception fonctionnelle du terme, qui tient compte de l'objectif de protection de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, il est probable que la publicité dans la boîte de réception, en cause en l'espèce, ait été envoyée au sens de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de cette directive. Le considérant 40 de la directive 2002/58 plaide également en ce sens. Aux termes de celui-ci, il importe de protéger les utilisateurs de réseaux publics de communications électroniques contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, parce que ces formes de communications commerciales non sollicitées peuvent être relativement faciles et peu onéreuses à envoyer. Ces éléments sont réunis dans le cas de la publicité dans la boîte de réception en cause en l'espèce. La juridiction d'appel n'a pas constaté et il n'apparaît pas par ailleurs que cette forme de publicité ne soit pas relativement facile et peu onéreuse à mettre en œuvre pour l'expéditeur. Le contraire n'a pas non plus été soutenu dans le mémoire en réponse.
- 31 cc) En outre, il n'est pas évident de déterminer à quels critères doit répondre la condition, formulée à l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58, selon laquelle le message peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère. La deuxième question préjudicielle vise à clarifier ce point.
- 32 (1) La juridiction d'appel a considéré qu'il n'y avait pas de récupération en ce sens dans le cas de la publicité litigieuse, effectuée dans la boîte de réception. Selon cette juridiction, il ressort du considérant 27 **[Or. 14]** de la directive 2002/58 que la récupération du message suppose un comportement délibéré du destinataire. Après avoir été informé de la communication, le destinataire du message doit accéder aux données en ligne par une action, c'est-à-dire une intervention dans le monde extérieur qui repose sur une décision exprimant sa volonté. Ce qui est déterminant, c'est que l'auteur de la récupération puisse déclencher, par sa demande de récupération, un processus de transmission des données en vertu d'un programme préétabli. Toujours selon la juridiction d'appel, la récupération du message en ce sens fait défaut en l'espèce. En effet, l'utilisateur du service de messagerie doit uniquement ouvrir ledit service sur le site Internet de Deutsche Telekom à l'aide d'un navigateur pour que la bannière publicitaire s'affiche en temps réel grâce à un serveur publicitaire, 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.

- 33 Cette interprétation est conforme au sens littéral possible de la notion de « récupération » figurant à l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58. Elle pourrait également être corroborée par le considérant 27 de la directive 2002/58. Ce dernier énonce que, dans le cas d'un courrier électronique, la transmission d'un message prend fin dès que le destinataire récupère le message, généralement à partir du serveur de son fournisseur de services. Cette formulation pourrait indiquer que la récupération d'un courrier électronique suppose une opération de l'utilisateur qui vise en définitive à la transmission d'un message, généralement à partir du serveur du fournisseur de services.
- 34 Selon cette interprétation restrictive, à nouveau axée sur le cas général du courriel, la publicité litigieuse, effectuée dans la boîte de réception, ne remplit pas les conditions d'un courrier électronique au sens de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58. En ouvrant son compte de messagerie électronique sur le site Internet du fournisseur de services, l'utilisateur manifeste sa volonté que ses courriels, stockés sur le serveur de messagerie de ce service, soient affichés et lui soient transmis. L'expérience [Or. 15] nous apprend cependant que sa volonté n'englobe généralement pas le fait que des messages publicitaires soient insérés dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique par un serveur publicitaire.
- 35 Le point de vue défendu par la juridiction d'appel est en revanche infirmé par l'interprétation fonctionnelle, elle-même axée sur l'objectif de protection de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58. Selon cet objectif, il importe de protéger l'utilisateur contre des communications publicitaires non sollicitées qui peuvent être relativement faciles et peu onéreuses à envoyer pour l'annonceur par l'intermédiaire d'un réseau de communications électroniques et qui imposent une charge à l'utilisateur (considérant 40 de la directive 2002/58). À la lumière de cet objectif, il ne paraît guère convaincant d'opérer une distinction entre un courriel à contenu publicitaire – faisant, le cas échéant, l'objet d'un envoi massif – qui relève indiscutablement de la notion de courrier électronique et le message publicitaire litigieux. Les deux messages apparaissent dans la boîte de réception et, partant, dans la rubrique de la page Internet ouverte par l'utilisateur – pour prendre connaissance de ses courriels – dans laquelle il est prévu que les courriels soient affichés. De plus, il importe peu, au regard de la charge imposée, que l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 vise à prévenir, de savoir si le message publicitaire est inséré dans la boîte de réception du compte de messagerie électronique par un serveur de messagerie du fournisseur de services ou par un serveur publicitaire du fournisseur de services ou bien par une entreprise collaborant avec ce dernier. Au contraire, l'interprétation à retenir ne devrait pas être technique, mais à nouveau fonctionnelle, axée sur l'objectif de protection et tenant compte de la charge imposée à l'utilisateur par une forme de publicité. Cette charge pourrait résulter du fait que la publicité contestée est transmise et affichée dans la boîte de réception du compte de messagerie électronique et, partant, dans une rubrique dans laquelle l'utilisateur s'attend uniquement à trouver les messages électroniques qui lui sont adressés individuellement. [Or. 16]

- 36 Une telle interprétation axée sur l'objectif de protection est également compatible avec le libellé de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), de la directive 2002/58. Nous sommes en présence d'une récupération, au sens d'une action de l'utilisateur qui vise en définitive à prendre connaissance des messages arrivés dans la boîte du compte de messagerie électronique. Selon les constatations de la juridiction d'appel, l'acheminement de la publicité par le serveur publicitaire jusqu'à la boîte de réception est déclenché par le fait que l'utilisateur consulte sur Internet la page correspondant à son compte de messagerie électronique en saisissant ses identifiants personnels. La circonstance que l'utilisateur souhaite généralement, dans ce cadre, prendre connaissance uniquement de courriels privés et professionnels et non de messages publicitaires qui ne sont pas intéressants pour lui ou qui lui causent une gêne, tels que les spams ou les annonces publicitaires, ne change rien au fait que l'ouverture du compte de messagerie électronique sur Internet constitue un acte final de récupération.
- 37 (2) 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.
- 38 Contrairement au point de vue de la juridiction d'appel, il ne devrait pas être possible de tirer une conclusion différente du considérant 27 de la directive 2002/58, qui énonce que, 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 services. Il ne saurait en être déduit qu'un courrier électronique ne vise que des messages qui sont stockés sur le serveur du fournisseur de services lui-même, ne serait-ce que parce qu'il découle de l'emploi du terme « généralement » que le législateur n'a pas posé par là une condition définissant de manière exhaustive la notion, mais s'est borné à décrire un cas factuel général. Il faut tenir compte, en outre, du contexte dans lequel s'insère le considérant 27 de la directive 2002/58. Ce considérant porte sur la question de savoir à quel moment des données relatives au trafic doivent être effacées. Ce qui est déterminant à cet égard, c'est le moment où s'achève la transmission d'une communication [Or. 17] (voir article 6, paragraphe 1, et considérant 26 de la directive 2002/58). Dans ce contexte, le considérant 27 de la directive 2002/58 retient le moment de la fin de la transmission du courrier électronique du fait de la récupération du message par le destinataire. Il n'est pas évident que des critères d'interprétation pertinents pour la protection de la vie privée de l'utilisateur contre la prospection directe non sollicitée par courrier électronique, régie par l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, puissent en être déduits.
- 39 c) Il est également permis de se demander s'il y a aussi 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 troisième question préjudicielle vise à clarifier ce point.
- 40 aa) La juridiction d'appel a considéré qu'un courrier électronique au sens de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG présuppose que l'envoi ait lieu à titre

« individuel », c'est-à-dire à un destinataire dont l'adresse est concrètement mentionnée, qui est défini avant l'envoi et avec lequel une communication préalable relative au consentement à l'envoi est par conséquent possible. Selon la juridiction d'appel, cela découle du fait que la licéité des formes de publicité visées à l'article 7, paragraphe 2, point 2, de l'UWG suppose le consentement préalable exprès du destinataire. L'exigence d'un tel consentement préalable exprès suppose nécessairement l'existence d'un destinataire concret susceptible d'indiquer à l'annonceur s'il consent à la publicité. Or, 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. **[Or. 18]**

- 41 bb) La chambre de céans se demande s'il est possible de souscrire à ce point de vue. Conformément à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, l'utilisation du courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut, certes, être autorisée que si elle vise des abonnés ou des utilisateurs ayant donné leur consentement préalable. Il n'est toutefois pas possible de déduire a contrario de cette exigence que toutes les formes de prospection directe par des réseaux de communication sont autorisées, en l'absence de consentement, dès lors que le consentement des utilisateurs ne peut pas être recueilli avant la mise en œuvre d'une publicité concrète, et ce du fait des processus techniques utilisés par l'annonceur.
- 42 d) En l'espèce, il se pose en outre la question de savoir s'il y a uniquement utilisation d'un courrier électronique à des fins de prospection directe, au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lorsqu'il est constaté que la charge imposée à l'utilisateur va au-delà d'une gêne qui lui serait causée – laquelle a été constatée en l'espèce par la juridiction d'appel. La quatrième question préjudicielle vise à clarifier ce point.
- 43 aa) La juridiction d'appel a considéré que l'esprit et la finalité de l'article 7, paragraphe 2, point 3, de l'UWG, qui devaient être déterminés à la lumière du considérant 40 de la directive 2002/58, plaident contre l'application de la première disposition à la publicité contestée. Selon la juridiction d'appel, l'apparition de la publicité dans la boîte de réception, parmi les nouveaux courriels reçus, cause certes une gêne à l'utilisateur du service de messagerie électronique. La publicité ayant, pour un observateur distrait, 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, en outre, à considérer comme plus importante que dans le cas d'une publicité affichée au bord de la boîte de réception. Il n'y a cependant pas de charge allant au-delà de cette gêne ou de coût au sens du considérant 40 de la directive 2002/58. En particulier, la publicité dans la boîte de réception n'est pas prise en compte dans le nombre des courriels non lus du client et n'occupe pas d'espace de stockage dans la boîte de réception. Du fait des différences visuelles entre les courriels et l'annonce publicitaire, le tri entre **[Or. 19]** les messages électroniques importants et la publicité électronique indésirable n'impose pas non plus de charge de travail.

- 44 bb) Le point de savoir s'il peut être souscrit à cette interprétation n'est pas évident.
- 45 (1) Le libellé du considérant 40 de la directive 2002/58 pourrait militer en faveur de l'interprétation défendue par la juridiction d'appel. Il n'y est pas question d'une gêne causée à l'utilisateur. Au contraire, il importe de protéger les utilisateurs de réseaux publics de communications électroniques contre toute violation de leur vie privée par des communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe, d'une part parce que ces formes de communications commerciales non sollicitées peuvent être relativement faciles et peu onéreuses à envoyer et, d'autre part, parce qu'elles peuvent 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. Étant donné que, en l'espèce, il n'est question ni d'un coût pour l'utilisateur ni d'un problème pour les réseaux de communications électroniques et les équipements terminaux, il convient de vérifier si la publicité dans la boîte de réception se traduit par une charge pour la vie privée de l'utilisateur. Le fait qu'une gêne puisse suffire pour cela n'est en tout cas pas expressément indiqué au considérant 40 de la directive 2002/58.
- 46 (2) D'un autre côté, le sens littéral de la notion de « charge » englobe également, eu égard à la protection pertinente de la vie privée contre la prospection directe non sollicitée, les atteintes à la vie privée qui provoquent une gêne et qui tiennent au fait que le consommateur est confronté à la publicité non (seulement) dans les rubriques d'un site Internet qui sont habituellement utilisées à cet effet et dont il peut donc aisément ne pas tenir compte, mais (aussi) dans la boîte de réception du compte de messagerie électronique et, partant, dans une rubrique du site Internet du fournisseur du service de messagerie dans laquelle les messages électroniques [Or. 20] adressés individuellement à l'utilisateur sont affichés et qui est donc consultée par lui dans un but précis, de sorte qu'elle fait l'objet d'une attention particulière de sa part. À cela s'ajoute que l'expérience nous apprend que l'utilisateur se sent interpellé de manière plus individuelle par des messages publicitaires qui apparaissent dans la boîte destinée à accueillir les communications qui lui sont personnellement adressées que par une bannière publicitaire qui se trouve, par exemple, au bord de la page Internet et qui s'adresse manifestement au grand public. La gêne occasionnée pourrait également être accrue de ce fait, indépendamment de l'énoncé et de l'objet de la publicité.
- 47 À cet égard, il convient en outre de tenir compte du fait qu'un compte privé de messagerie électronique protégé par un mot de passe relève du domaine de l'organisation de la vie privée qui est protégée au titre des droits généraux de la personnalité. Dans ce domaine, l'intéressé ne doit pas uniquement être protégé contre le travail que requièrent l'examen des messages qui lui sont adressés et le tri entre la publicité et les autres messages. En tant qu'émanation de son droit personnel à l'autodétermination, la volonté de l'intéressé de préserver sa vie privée de toute obligation de faire face à la publicité et à son effet suggestif est également digne de protection [omissis : renvoi à la jurisprudence nationale].

Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, ainsi qu'aux considérants 1, 12 et 40 de la directive 2002/58, l'article 13, paragraphe 1, de cette directive vise également à protéger la vie privée de l'utilisateur dans le secteur des communications électroniques. Il faut en outre prendre en considération le fait que l'expérience nous apprend qu'il existe, dans le cadre de l'appréciation de la gêne occasionnée par une opération publicitaire portant atteinte à la vie privée, un risque d'addition des gênes du fait de la prolifération des formes de publicité [omissis : renvoi à la jurisprudence et à la doctrine nationales] **[Or. 21]**.

- 48 Étant donné que c'est la protection de la vie privée et non la protection de l'utilisateur contre les pratiques trompeuses qui est déterminante dans le cadre de l'interprétation axée sur l'objectif de protection de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58, il importe peu, aux fins de l'analyse de cette disposition, que l'apparence de la publicité insérée dans la boîte de réception de l'utilisateur soit différente de celle des courriels et que la distinction soit, de surcroît, facilitée pour l'utilisateur par la mention « Annonce » qui est liée à la publicité dans la boîte de réception. D'expérience, la structure du message et l'affichage du message publicitaire ainsi que la lecture superficielle prennent du temps à l'utilisateur même s'il peut s'apercevoir d'emblée qu'un message publicitaire apparaissant dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique constitue clairement une publicité et qu'il peut l'effacer [omissis : renvoi à la doctrine nationale]. Pour les mêmes raisons, le fait, invoqué par la juridiction d'appel, que la publicité n'est pas prise en compte dans le nombre des courriels non lus du client et ne consomme pas d'espace de stockage dans la boîte de réception ne s'oppose pas à la constatation d'une violation de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58.
- 49 Contrairement à la position de la juridiction d'appel, il y a lieu d'en conclure que le point de savoir si l'utilisateur d'un service privé de messagerie électronique est confronté à de la publicité non seulement aux endroits habituellement utilisés pour les messages publicitaires, mais également dans une rubrique du site Internet de son fournisseur de messagerie qui est destinée à accueillir les courriels qui lui sont personnellement adressés et qui captera nécessairement son attention individuelle avec une intensité particulière devrait effectivement avoir une incidence sur l'atteinte portée à la vie privée de cet utilisateur. Les constatations opérées par la juridiction d'appel militent également en ce sens. Elle a exposé que l'apparition de la publicité dans la boîte de réception – parmi les nouveaux courriels reçus – **[Or. 22]** causait une gêne à l'utilisateur du service de messagerie électronique. La publicité ayant, pour un observateur distrait, l'apparence d'un courriel et pouvant donc être plus visible qu'une publicité à l'extérieur de la boîte de réception, il y a lieu de considérer que la gêne est plus importante que dans le cas d'une publicité affichée au bord de la boîte de réception. Ces constatations sont conformes aux enseignements de l'expérience.
- 50 3. Dans le cas d'espèce, il est également envisageable que la publicité litigieuse soit illicite au regard de l'article 7, paragraphe 2, point 1, de l'UWG. L'application de ces dispositions soulève une question d'interprétation du

point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29, qui appelle des éclaircissements.

- 51 a) Conformément à l'article 7, paragraphe 2, point 1, de l'UWG, une gêne inacceptable doit toujours être présumée en cas de publicité, impliquant l'utilisation d'un moyen de communication commerciale 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. La disposition en question vise à transposer le point 26, première phrase de l'annexe I de la directive 2005/29 (voir projet de loi du gouvernement allemand, BT-Drucks. 16/10145, p. 29) et doit être interprétée en conformité avec cet instrument. Aux termes du point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29, constitue une pratique commerciale agressive réputée déloyale en toutes circonstances le fait de se 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, cas qui n'est pas pertinent en l'espèce. Dans la présente affaire, il se pose une question d'interprétation de cette disposition du droit de l'Union, pour laquelle la réponse n'est pas évidente. **[Or. 23]**
- 52 b) Les critères qui doivent être appliqués à la « sollicitation » au sens du point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 ne sont pas suffisamment précisés. La cinquième question préjudicielle vise à clarifier ce point.
- 53 aa) Certes, la juridiction d'appel est partie à juste titre de l'idée qu'une sollicitation de clients au sens du point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 est exclue d'emblée lorsque l'outil de communication à distance – tel que la télévision, la radio, Internet ou un produit de la presse – s'adresse au grand public. La condition de la sollicitation suppose au contraire une publicité s'adressant de manière ciblée à un client individuel [omissis : renvoi à la doctrine nationale].
- 54 bb) Il se pose cependant la question de savoir 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 s'il suffit que, comme en l'espèce, le lien avec un client concret 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 adressés à titre individuel.
- 55 Le libellé du point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 autorise les deux interprétations. Étant donné que, comme nous l'avons déjà exposé, la publicité dans la boîte de réception atteint le client dans sa vie privée et, de plus, lui cause une gêne plus importante que dans le cas des bannières publicitaires traditionnelles dans les rubriques d'un site Internet normalement

prévues à cet effet, qui ne présentent pas de lien de rattachement avec l'individu, l'objectif de protection de la disposition est vraisemblablement également en cause. **[Or. 24]**

- 56 cc) Les autres conditions de la pratique interdite par le point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 sont réunies. En l'espèce, le client 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 la publicité de la défenderesse qui était insérée dans la boîte de réception [omissis : renvoi à la doctrine nationale]. De plus, cela n'avait pas été souhaité. Selon les constatations de la juridiction d'appel, l'utilisateur avait adressé une mise en demeure à la défenderesse le 20 décembre 2016 au sujet de la publicité du 12 décembre 2016 et avait ainsi expressément fait part à la défenderesse de sa volonté de ne pas recevoir de telles publicités [omissis : renvoi à la doctrine nationale en ce qui concerne les conditions d'une sollicitation non souhaitée]. Des publicités du même type sont néanmoins apparues dans la boîte de réception de son compte de messagerie électronique les 13 et 15 janvier 2017. Par ailleurs, la page Internet correspondant à un compte de messagerie électronique privé constitue un outil de communication à distance *.
- 57 4. Les questions d'interprétation de l'article 2, deuxième alinéa, sous h), et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/58 ainsi que du point 26, première phrase, de l'annexe I de la directive 2005/29 sont pertinentes pour la solution du litige, car les prétentions de la requérante ne sont pas fondées au titre de la seule violation de l'interdiction des publicités sous la forme d'un message qui dissimule l'identité de l'émetteur au sens de l'article 7, paragraphe 2, point 4, sous a), de l'UWG, de l'interdiction de la gêne inacceptable au sens de l'article 7, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG et de l'interdiction des pratiques trompeuses.
- 58 a) Conformément à l'article 7, paragraphe 2, point 4, sous a), de l'UWG, une gêne inacceptable au sens de l'article 7, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG doit toujours être présumée en cas de publicité sous la forme d'un message émis en camouflant ou en dissimulant l'identité de l'émetteur au nom duquel la communication est faite. La juridiction d'appel n'a pas constaté d'éléments permettant de conclure que l'identité de l'expéditeur de la publicité **[Or. 25]** dans la boîte de réception ait été camouflée ou dissimulée. Cela n'a pas été soutenu dans le pourvoi en « Revision ».
- 59 b) De plus, la juridiction d'appel n'a pas conclu à la présence d'une pratique commerciale causant une gêne inacceptable au sens de la disposition générale de l'article 7, paragraphe 1, première phrase, de l'UWG. Elle a considéré à cet égard que la publicité litigieuse cause certes une gêne à l'utilisateur du service de messagerie électronique, mais que cette gêne n'est pas inacceptable au vu des

* Ndt : La demande de décision préjudicielle utilise le terme « Fernabsatz » (commercialisation à distance) qui est employé dans la version allemande du point 26 de l'annexe I de la directive 2005/29, mais pas dans la version française de celui-ci.

circonstances de l'espèce, et notamment de la gratuité du service de messagerie électronique. Les motifs invoqués à cet égard par la juridiction d'appel ne sont entachés d'aucune erreur de droit. **[Or. 26]**

- 60 c) En outre, c'est à juste titre que la juridiction d'appel a considéré que la publicité en cause n'était pas déloyale du fait qu'elle serait trompeuse.

[omissis : nom des juges ayant signé la décision]

[omissis : mention des décisions des juges du fond]

DOCUMENT DE TRAVAIL