

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La clause de marché intérieur

Willem, Pauline

Published in:

Droit de l'Union et contentieux devant les juridictions nationales

Publication date:

2024

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Willem, P 2024, La clause de marché intérieur: Mise en oeuvre d'une liberté particulière de circulation des services par la Cour de justice et les juridictions nationales. dans P Nihoul (ed.), *Droit de l'Union et contentieux devant les juridictions nationales*. 2024 edn, Commission Université-Palais, Anthemis, Limal, pp. 159-179.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

7

LA CLAUSE DE MARCHÉ INTÉRIEUR : MISE EN ŒUVRE D’UNE LIBERTÉ PARTICULIÈRE DE CIRCULATION DES SERVICES PAR LA COUR DE JUSTICE ET LES JURIDICTIONS NATIONALES

Pauline WILLEM
assistante à l’UNamur
avocate au barreau de Bruxelles

Sommaire

Introduction	160
Section 1	
Le principe de la clause de marché intérieur : application de la loi de l’État membre d’établissement du service de la société de l’information pour ce qui relève du domaine coordonné	161
Section 2	
Le champ d’application de la clause de marché intérieur	165
Section 3	
Exceptions : application, sous certaines conditions, de la loi de l’État membre de destination, même pour ce qui relève du domaine coordonné	169
Conclusion	179

Introduction

1. Contrairement à ce que son nom indique, la clause de marché intérieur n'est pas une « clause », mais une disposition issue du droit européen dérivé. La présente contribution se penche sur la clause de marché intérieur de l'article 3 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹. Cet article soumet les services de la société de l'information au respect de la loi de l'État membre dans lequel ils sont établis (appelé État membre d'origine ou d'établissement). Par conséquent, les autres États membres dans lesquels ces services sont fournis (appelés États membres de destination) ne peuvent pas imposer des mesures restreignant leur liberté de circulation, sauf à respecter certaines conditions particulières.

2. La clause de marché intérieur est donc une application de la libre prestation de services à une catégorie spécifique de services. Elle présente un grand intérêt pour les praticiens. À titre d'exemples, l'avocat ou le juriste d'entreprise qui conseille un professionnel sur le lieu d'implantation de ses futures activités en ligne portera une grande attention à la clause de marché intérieur. De même, le juriste qui travaille pour des autorités administratives ou de contrôle aura grand intérêt à connaître le fonctionnement de la clause de marché intérieur. Il doit en effet éviter de faire peser des restrictions à la libre prestation de services de la société de l'information prestés au départ d'autres États membres sans respecter les conditions pour ce faire. Le consultant, le juriste d'entreprise ou l'avocat à qui un prestataire d'un service de la société de l'information demande s'il doit respecter telle réglementation nationale ou se conformer à telle mesure individuelle qui lui aura été imposée ont également tout intérêt à maîtriser le mécanisme de la clause de marché intérieur. Il en va naturellement de même pour l'avocat dont le client est confronté à une procédure administrative, judiciaire ou pénale impliquant un service de la société de l'information.

3. Vu l'importance de la clause de marché intérieur, la présente contribution s'attache à en expliquer le principe (section 1), le champ d'application (section 2) et les exceptions (section 3). L'importance de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et des juridictions nationales dans l'interprétation de la clause sera soulignée.

¹ 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, *J.O. C.E.*, L 178, 17 juillet 2000.

Section 1

Le principe de la clause de marché intérieur : application de la loi de l'État membre d'établissement du service de la société de l'information pour ce qui relève du domaine coordonné

A. Objectif et contexte de la clause de marché intérieur

4. La clause de marché intérieur, comme toutes les libertés de circulation, est destinée à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, c'est-à-dire un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux doit être assurée. Il existe encore aujourd'hui de nombreux obstacles à la réalisation de ce marché. La diversité des législations nationales en constitue un exemple majeur.

5. L'objectif de la clause de marché intérieur est de surmonter cet obstacle, comme l'exprime parfaitement Malik Laazouzi : « L'objet de la clause de marché intérieur est de neutraliser la diversité des législations des différents États membres afin de permettre à un opérateur établi sur le territoire d'un État membre d'accéder à une activité en se conformant aux règles édictées par cet État membre et d'exercer ensuite cette même activité dans tous les États membres sans être soumis à des règles de droit plus contraignantes ou plus strictes que celles prévues par le droit de son État membre d'origine »². Par conséquent et sauf exception, il suffira par exemple à une société établie aux Pays-Bas qui offre un service de vente en ligne de produits de parapharmacie et de médicaments de se conformer aux seules règles néerlandaises pour pouvoir vendre ces produits dans toute l'Union³.

6. La clause de marché intérieur étudiée dans le cadre de la présente contribution consacre une liberté de circulation des services particulière pour les services de la société de l'information. Cette liberté est particulière pour deux raisons. D'une part, elle concerne certains domaines uniquement, liés à l'accès et à l'exercice du service de la société de l'information. D'autre part, les conditions pour y faire obstacle sont plus nombreuses que les conditions qui permettent d'entraver les autres libertés de circulation. Cette différence de régime s'explique par l'objet de la directive qui contient cette clause de marché intérieur, à savoir, le commerce électronique. À l'époque, l'objectif du législateur européen était d'encourager le développement de ce nouveau secteur prometteur

² M. LAZOUZI, « La clause marché intérieur », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 208.

³ Sous réserve des limites et exceptions exposées ci-après. Pour une explication détaillée du cadre réglementaire applicable à la vente en ligne de médicaments transfrontalière, voy. aussi C. BOURGUIGNON, « La vente en ligne transfrontalière de médicaments au sein de l'Union européenne », *D.C.C.R.*, 2020, n° 127, pp. 93-127.

pour l'économie. Internet est en effet un terrain auquel l'Union avait tout intérêt à s'intéresser puisque comme elle, il n'a pas de frontières intérieures. Depuis lors, le législateur européen a partiellement changé d'approche, vu les risques des services présents en ligne pour leurs utilisateurs⁴. La directive sur le commerce électronique a donc été partiellement modifiée. Le législateur a toutefois maintenu en l'état la clause de marché intérieur, signe que l'Union européenne n'entend pas mettre fin à la croissance du commerce électronique.

B. Structure de la clause de marché intérieur

7. La clause de marché intérieur est une disposition assez longue. Elle comprend six paragraphes. Étant donné que la présente contribution les étudie, il est utile de les transcrire ici pour que le lecteur puisse facilement s'y référer au besoin :

Article 3 – Marché intérieur

1. Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.
2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.
3. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe.
4. Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies :
 - a) les mesures doivent être :
 - i) nécessaires pour une des raisons suivantes :
 - l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,
 - la protection de la santé publique,
 - la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,
 - la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ;

⁴ On pense notamment au règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *J.O.U.E.*, L 277, 27 octobre 2022, dit *Digital Services Act (DSA)*.

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs ;

iii) proportionnelles à ces objectifs ;

b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale :

- demandé à l'État membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,
- notifié à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures.

5. Les États membres peuvent, en cas d'urgence, déroger aux conditions prévues au paragraphe 4, point b). Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1, en indiquant les raisons pour lesquelles l'État membre estime qu'il y a urgence.

6. Sans préjudice de la faculté pour l'État membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire ; lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'État membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question.

8. Cet article 3 contient deux parties. La première inclut les paragraphes 1 et 2. Elle regroupe les trois composantes principales de la clause de marché intérieur. La seconde, qui comprend les paragraphes 3 à 6, expose les conditions auxquelles il est permis de déroger à la clause.

9. La clause de marché intérieur inclut trois composantes, liées les unes aux autres. La première, contenue dans le paragraphe 1^{er}, est le *home country control* (contrôle par l'État d'origine). Elle signifie qu'il revient à l'État dans lequel le prestataire du service de la société de l'information est établi de le contrôler. C'est le principe du contrôle à la source de l'activité. Il en découle que chaque État doit réglementer les services de la société de l'information et prendre des mesures qui poursuivent les objectifs d'intérêt général mentionnés à l'article 3, § 4⁶.

Le principe du pays d'origine, fortement lié au *home country control*, est la deuxième composante de la clause de marché intérieur. Elle ne ressort pas expressément du libellé de l'article 3, mais transparaît du paragraphe 1^{er}. En vertu de

⁵ Voy. aussi les considérants 22 et 24 de la directive 2000/31.

⁶ C.J.U.E., 9 novembre 2023, *Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited c. Kommunikationsbehörde Austria*, C-376/22, EU:C:2023:835.

ce principe, le prestataire du service de la société de l'information est soumis uniquement à la loi du pays dans lequel il est établi, pour ce qui relève du domaine coordonné (pour une explication de cette notion, voy. *infra*, n^{os} 14 et s.). Pour autant que le service de la société de l'information soit fourni de manière licite dans son État membre d'origine, il peut circuler librement sur le territoire européen sans entrave des États membres de destination.

Le principe de reconnaissance mutuelle est le troisième élément de la clause de marché intérieur. Ce principe, fondateur de l'Union européenne, est exprimé dans le paragraphe 2 et est fortement lié au principe de confiance mutuelle entre les États membres. En vertu de cette troisième composante, les États membres de destination ne peuvent pas restreindre la liberté de circulation des services de la société de l'information établis dans d'autres États membres, à tout le moins pour ce qui relève du domaine coordonné.

C. La clause de marché intérieur n'est pas une règle de conflit de lois au sens du droit international privé

10. La clause de marché intérieur désigne le droit national auquel est soumis un prestataire de services de la société de l'information. Pour autant, elle ne doit pas être confondue avec une règle de conflit de lois issue du droit international privé⁷. La directive 2000/31 qui contient la clause de marché intérieur dispose en effet expressément qu'elle « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions »⁸. La Cour de justice l'a également confirmé dans l'affaire *eDate Advertising*⁹. Elle y a précisé, afin d'assurer le plein effet de la clause de marché intérieur, que les États membres de destination ne devaient pas soumettre les prestataires de services de la société de l'information à des exigences plus strictes que celles qui sont applicables dans leur État membre d'établissement (sauf pour les cas permis par la clause de marché intérieur)¹⁰.

11. Le raisonnement doit, selon nous, être le suivant. Le juge confronté à un dossier présentant des éléments d'extranéité doit d'abord vérifier, en appliquant les règles de droit international privé, qu'il est bien le juge compétent pour traiter du dossier. Il doit ensuite, toujours sur la base des règles de droit international privé, examiner le droit national applicable au dossier, si plusieurs ont vocation à s'appliquer. Ce n'est que si le droit désigné contient la clause de

⁷ Pour plus de détails sur cette question, voy. M. LAZOUZI, « La clause marché intérieur », *op. cit.*, pp. 205 à 236; M. HO-DAC, « Le principe de reconnaissance mutuelle et la loi du pays d'origine », in M. Fartunova et C. Marzo (dir.), *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 59-120.

⁸ Art. 1^{er}, § 4, de la directive 2000/31. Voy. aussi le considérant 23.

⁹ C.J.U.E., 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH e.a. c. X et Olivier Martinier et Robert Martinez c. MGN LIMITED*, aff. jtes C-509/09 et C-161/10, EU:C:2011:685.

¹⁰ *Ibid.*, points 65 à 68.

marché intérieur (autrement dit, s'il s'agit du droit d'un des États membres de l'Union) que celle-ci devra, le cas échéant, être appliquée.

Section 2

Le champ d'application de la clause de marché intérieur

A. La notion de « service de la société de l'information »

12. La clause de marché intérieur bénéficie aux services de la société de l'information, à savoir, « tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (nous soulignons)¹¹. La Cour de justice a été amenée à interpréter cette notion à plusieurs reprises, dans des arrêts abondamment commentés par la doctrine¹². Nous ne nous y attardons donc pas en détail, mais attirons l'attention du lecteur sur le fait que ces services sont prestés à distance et par voie électronique, c'est-à-dire en ligne.

13. À cet égard, le fait qu'une partie du service ne puisse être prestée qu'en présentiel n'a pas nécessairement pour effet d'exclure le service de la qualification de service de la société de l'information. Dans une telle hypothèse, il faut déterminer si la partie du service qui ne peut être réalisée à distance ou par voie électronique est indissociable des autres parties du service prestées à distance et par voie électronique. Si les services sont dissociables, ceux réalisés à distance et par voie électronique peuvent être qualifiés de services de la société de l'information et bénéficier de la clause de marché intérieur. Ainsi, dans l'affaire *Ker-Optika*, la Cour de justice a jugé que la vente en ligne de lentilles de contact et leur livraison étaient dissociables des consultations

¹¹ Art. 2, a), de la directive 2000/31, qui renvoie à la définition contenue à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/48/CE, qui est depuis lors contenue à l'article 1^{er}, § 1^{er}, a), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015.

¹² C.J.U.E., Gde Ch., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, C-434/15, EU:C:2017:981; C.J.U.E., 19 décembre 2019, *X*, en présence de *YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, AHTOP, Váhotel*, C-390/18, EU:C:2019:1112; C.J.U.E., 3 décembre 2020, *Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General*, C-62/19, EU:C:2020:980; P. HACKER, « UberPop, UberBlack, and the Regulation of Digital Platforms after the *Asociación Profesional Elite Taxi* Judgment of the CJEU : Judgment of the Court (Grand Chamber) 20 December 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi* (C-434/15) », *European Review of Contract Law*, 2018, vol. 14, n° 1, pp. 80-96; M. Y. SCHAUB, « Why Uber is an information society service », *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, vol. 7, n° 3, pp. 109-115; M. FINCK, « Distinguishing internet platforms from transport services : *Elite Taxi v. Uber Spain* », *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, n° 5, pp. 1619-1639; J. BLOCKX, « Het ene platform is het andere niet en de incidentele effecten van de Richtlijn Elektronische Handel », *D.C.C.R.*, 2020, n° 127, pp. 151-162; B. BRUNESSEN, « La rationalisation des catégories juridiques relatives aux services numériques », *Rev. trim. dr. eur.*, 2021, n° 1, pp. 188-194.

médicales préalables et ultérieures¹³. Les premières relèvent de la notion de service de la société de l'information, à l'inverse des consultations, qui peuvent être effectuées indépendamment de la vente et de la livraison de produits.

B. Champ d'application *ratione materiae*

1. Le « domaine coordonné »

14. Les restrictions à la libre prestation des services de la société de l'information ne sont interdites par la clause de marché intérieur que lorsqu'elles concernent le « domaine coordonné ». Lorsque les restrictions ne concernent pas le « domaine coordonné », elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. Elles ne sont pas nécessairement permises pour autant (*infra*, n^{os} 20 à 23).

15. Le domaine coordonné regroupe les exigences relatives à (i) l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information (il s'agit principalement des exigences qui concernent la qualification, l'autorisation ou la notification) et (ii) l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information (par exemple, les exigences relatives au comportement du prestataire, la qualité ou le contenu de son service)¹⁴. Le législateur européen a précisé que les exigences en matière de contrat, de publicité ou de responsabilité du prestataire sont comprises dans le domaine coordonné.

16. À l'inverse, ne relèvent pas du domaine coordonné les exigences applicables aux biens en tant que tels, à la livraison de biens ou encore, aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique¹⁵. Sont ainsi exclues les normes de sécurité des produits, les obligations en matière d'étiquetage ou encore la responsabilité du fait des produits¹⁶. Les règles relatives aux autorisations de mises sur le marché national d'un bien sont donc, par exemple, exclues de la clause de marché intérieur. Ces exclusions se comprennent aisément au regard de l'objet de la directive qui contient la clause de marché intérieur et qui est de promouvoir le commerce électronique.

Dans l'affaire *Ker-Optika*, la Cour de justice a jugé que la commercialisation par internet comprenait deux parties distinctes : la vente en ligne et la livraison du bien vendu. Selon la Cour, la vente (qui comprend à la fois l'offre en vente et la conclusion du contrat) relève du domaine coordonné, au contraire de la livraison de biens¹⁷.

¹³ C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunantuli Regionális Intézet*, C-108/09, EU:C:2010:725, points 33 à 40.

¹⁴ Art. 2, h), i), de la directive 2000/31.

¹⁵ Art. 2, h), ii), de la directive 2000/31.

¹⁶ Considérant 21 de la directive 2000/31.

¹⁷ C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunantuli Regionális Intézet*, C-108/09, EU:C:2010:725, points 22 à 31.

2. Exclusions du champ d'application

17. Nous avons vu que la clause de marché intérieur ne s'applique pas (i) aux services autres que les services de la société de l'information et (ii) aux restrictions à la liberté de circulation qui ne relèvent pas du domaine coordonné. Il existe d'autres situations dans lesquelles le mécanisme de la clause de marché intérieur ne pourra pas s'appliquer. D'une part, certains domaines sont exclus du champ d'application de l'entière de la directive 2000/31. D'autre part, certains domaines sont exclus du champ d'application de la seule clause de marché intérieur.

18. D'abord, l'article 1, § 5, de la directive sur le commerce électronique exclut de son champ d'application les domaines de la fiscalité, de la protection des données, des ententes et des jeux d'argent. Les activités de notaire et d'avocat sont également exclues.

L'exclusion de la protection des données et des ententes se justifie assez naturellement étant donné la large harmonisation européenne de ce domaine.

L'exclusion du « domaine de la fiscalité » a été appliquée à plusieurs reprises par les juridictions nationales. Ce fut par exemple le cas dans une affaire portée devant la Cour constitutionnelle belge à propos d'une réglementation imposant aux intermédiaires en matière d'hébergement touristique de fournir des informations relatives aux exploitants des hébergements et aux nuitées, servant ensuite à établir la taxe et déterminer la personne redevable. La Cour, après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice, a fait sienne l'interprétation donnée par cette dernière pour juger qu'une telle obligation d'information relevait du « domaine de la fiscalité »¹⁸.

19. Ensuite, l'annexe de la directive énumère des domaines auxquels la clause de marché intérieur ne s'applique pas¹⁹. Il s'agit par exemple du droit d'auteur, de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat ou encore, de l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique. Il n'est pas aisé de comprendre ce que recouvrent ces exclusions, ni la raison d'être de leur exclusion.

Les obligations contractuelles concernant les contrats conclus avec les consommateurs sont également exclues de la clause de marché intérieur. Les considérants 55 et 56 de la directive 2000/31 précisent à cet égard que la directive ne peut avoir pour effet de priver les consommateurs des règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence principale. Ces obligations contractuelles comprennent les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y

¹⁸ C.C., 17 novembre 2022, n° 148/2022, qui fait suite à C.J.U.E., 27 avril 2022, *Airbnb Ireland UC c. Région de Bruxelles-Capitale*, C-674/20, EU:C:2022:303.

¹⁹ Art. 3, § 3, de la directive 2000/31.

compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter.

L'indication du prix ou une garantie commerciale pourraient, à notre avis, constituer de telles obligations contractuelles, à supposer que leur « influence déterminante » sur la décision de contracter soit démontrée. En effet, elles ne font pas (encore) l'objet d'une harmonisation totale. Le législateur européen laisse expressément le pouvoir aux États membres d'adopter des dispositions spécifiques les concernant²⁰. Le prestataire d'un service de la société de l'information qui fournit ses services dans un État membre ayant une législation plus contraignante que celle de l'État membre d'origine sur ces points ne pourra pas bénéficier de la clause de marché intérieur. Il pourrait donc devoir se soumettre à la législation moins favorable de l'État membre de destination s'il s'agit d'une restriction justifiée à la libre prestation de services.

C. Conséquences

20. Si un service n'est pas qualifiable de service de la société de l'information ou si son prestataire ne peut bénéficier de la clause de marché intérieur, il ne se verra pas nécessairement imposer la loi de l'État membre de destination pour autant.

21. En effet, les obligations imposées par l'État membre de destination pourraient constituer des restrictions interdites à l'une des libertés de circulation sous l'angle d'un autre acte de droit dérivé²¹ ou du droit primaire. Si tel est le cas, le prestataire ne devra pas s'y conformer.

22. Cet argument est régulièrement invoqué. Dans l'affaire *Ker-Optika*, la Cour de justice a ainsi été amenée à examiner une mesure nationale concernant la livraison de lentilles de contact sous l'angle de la liberté de circulation des marchandises²². En effet, le domaine coordonné ne couvrait pas la question de la livraison de biens, de sorte que la mesure ne pouvait être examinée sous l'angle de la clause de marché intérieur.

23. L'argument de la restriction à une des libertés de circulation consacrées par les traités européens doit être invoqué subsidiairement. En effet, la clause

²⁰ En matière d'indication des prix, voy. la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *J.O.U.E.*, L 080, 18 mars 1998. En matière de garantie commerciale, voy. l'article 17, § 4, de la directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019.

²¹ Par exemple, le chapitre IV de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur contient des dispositions similaires à l'article 3, §§ 1^{er} et 2, de la directive 2000/31.

²² C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunantuli Regionális Intézet*, C-108/09, EU:C:2010:725.

de marché intérieur étant plus spécifique, elle doit s'appliquer par priorité²³. Par ailleurs, les dérogations au principe du pays d'origine établi par la clause de marché intérieur et à la libre prestation de services sont soumises à des conditions légèrement différentes. La clause de marché intérieur impose une condition procédurale supplémentaire (*infra*, n^{os} 35 et s.). En pratique, force est de constater qu'elle est, pour le moment, rarement respectée. Or, dans un tel cas, l'État membre de destination ne peut imposer ses règles nationales au prestataire du service de la société de l'information basé dans un autre État membre. Par conséquent, pour le prestataire du service de la société de l'information, il est plus facile d'esquiver l'application de la loi de l'État de destination sur la base de la clause de marché intérieur que du droit primaire.

Section 3

Exceptions : application, sous certaines conditions, de la loi de l'État membre de destination, même pour ce qui relève du domaine coordonné

24. La clause de marché intérieur prévoit des exceptions au principe du pays d'origine en son paragraphe 4. Par conséquent, un service de la société de l'information peut être soumis à des mesures du droit de l'État membre de destination, même si elles relèvent du domaine coordonné. Certaines conditions doivent toutefois être respectées :

- l'État membre de destination applique une « mesure » au service de la société de l'information ;
- la mesure est justifiée (tests de nécessité et de proportionnalité) au regard d'un des objectifs énumérés par le paragraphe 4, auquel le service de la société de l'information porte ou risque de porter atteinte ;
- en termes procéduraux, l'État membre de destination a préalablement (i) demandé à l'État membre d'établissement de prendre des mesures, ce qu'il n'a pas fait ou n'a pas fait de manière suffisante et (ii) notifié à la Commission européenne et à l'État membre d'établissement son intention de prendre des mesures à l'encontre du service de la société de l'information.

Ces conditions sont examinées ci-dessous.

A. Le service donné de la société de l'information fait l'objet d'une « mesure » dans l'État membre de destination

25. L'article 3, § 4, de la directive 2000/31 dispose que : « Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information,

²³ C.J.U.E., 1^{er} octobre 2020, *A. c. Daniel B. e.a.*, C-649/18, EU:C:2020:764, point 34.

des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies : [...] ». Le terme « mesures » n'est pas défini par la directive. Pendant de nombreuses années, une incertitude régnait sur la portée à donner à cette notion. S'agit-il de dispositions générales et abstraites ou bien ces mesures doivent-elles être ciblées sur le service de la société de l'information en cause ?

26. La Cour de justice a récemment tranché la question dans un arrêt *Google Ireland*, à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour administrative autrichienne²⁴. Dans cette affaire, une autorité autrichienne avait décidé que Google, Meta et TikTok étaient des « plateformes de communication » selon le droit autrichien, ce qui impliquait qu'elles devaient respecter une série de mesures mises en place par une loi autrichienne sur les plateformes de communication (KoPl-G). Google, Meta et Tik Tok (établies en Irlande) ont contesté ces décisions, arguant que cette loi ne pouvait pas leur être opposée en raison de la clause de marché intérieur. Le juge autrichien a donc demandé à la Cour de justice si les mesures prises à l'égard d'un service donné de la société de l'information, au sens de l'article 3, § 4, de la directive 2000/31 devaient être interprétées comme englobant des mesures générales et abstraites visant une catégorie de services de la société de l'information décrite en termes généraux.

La Cour a jugé, conformément aux conclusions de l'avocat général Szpunar²⁵, que de telles mesures générales et abstraites s'appliquant indistinctement à tout prestataire d'une catégorie de services donnés de la société de l'information ne pouvaient constituer des mesures prises à l'encontre d'un service de la société de l'information. Par conséquent, un État membre de destination ne peut imposer de telles mesures à un service de la société de l'information sur la base de l'article 3, § 4, de la directive 2000/31.

La Cour estime qu'une telle interprétation est induite par le texte même de la directive, qui se réfère à un service « donné » de la société de l'information, ce qui devrait être compris comme un service individualisé.

Ensuite, le fait que les exceptions à la clause de marché intérieur soient soumises, entre autres, à la condition préalable d'avoir demandé à l'État membre d'origine de prendre des mesures à l'encontre du service de la société de l'information implique que celui-ci ait été préalablement identifié.

Par ailleurs, selon la Cour, si les mesures englobaient les mesures à caractère général et abstrait, cela (i) ferait double emploi avec le système de la directive 2015/1535 (*infra*, n^{os} 38 et s.) et (ii) remettrait en cause les principes du *home country control* et de la reconnaissance mutuelle. En effet, si l'État membre de

²⁴ C.J.U.E., 9 novembre 2023, *Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited c. Kommunikationsbehörde Austria*, C-376/22, EU:C:2023:835.

²⁵ Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J.U.E., 8 juin 2023, *Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited c. Kommunikationsbehörde Austria*, C-376/22, EU:C:2023:467.

destination pouvait adopter des mesures générales et abstraites applicables aux prestataires de services établis dans un autre État membre, il empiéterait sur la compétence réglementaire de l'État membre d'origine, ce qui saperait le principe de confiance mutuelle entre les États membres.

De même, une telle situation reviendrait à réintroduire des obstacles juridiques à la libre prestation de services, que la clause de marché intérieur vise pourtant à supprimer. Pour toutes ces raisons, la Cour a jugé que les mesures générales et abstraites ne relevaient pas de la notion de mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information.

27. Cependant, la Cour n'explique pas ce que seraient, concrètement, des mesures générales et abstraites s'appliquant indistinctement à tout prestataire de cette catégorie, ni, *a contrario*, quel type de mesure pourrait constituer une « mesure prise à l'encontre d'un service donné de la société de l'information ».

À notre avis, il faut déduire de l'arrêt que seules des mesures individuelles pourraient constituer des dérogations à la clause de marché intérieur sur la base de l'article 3, § 4, de la directive 2000/31. Une mesure individuelle serait une mesure qui individualiserait la situation d'un prestataire de services. La jurisprudence de la Cour relative à l'intérêt individuel d'un requérant à introduire un recours en annulation devant elle pourrait être appliquée par analogie²⁶. Concrètement, on pourrait imaginer qu'une décision d'une autorité administrative imposant un avertissement ou une amende à un service de la société de l'information identifié pourrait constituer une telle mesure. Cela devra toutefois être confirmé par les cours et tribunaux.

28. Dans l'affaire *Google Ireland*, la juridiction de renvoi a fait application de l'interprétation dégagée par la Cour de justice²⁷. La Cour administrative autrichienne a ainsi jugé que les décisions constatant que Google, Meta et TikTok étaient des plateformes de communication entrant dans le champ d'application de la loi autrichienne en cause (KoPl-G) étaient contraires au droit européen. En effet, ces constatations n'avaient pas pour effet de soumettre les prestataires en cause à certaines dispositions de la loi, mais concernaient l'entière de la loi. Or, les règles contenues dans cette loi sont générales et abstraites, en ce que (1) elles se rapportent à une catégorie généralement définie de services déterminés de la société de l'information et (2) elles s'appliquent indistinctement à tous les prestataires de services relevant de cette catégorie. Par conséquent, la Cour administrative juge que ces règles ne sont pas couvertes par l'exception à la clause de marché intérieur. En conséquence, la Cour administrative annule les décisions de constatation contestées.

²⁶ Voy. not. C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann & co c. Commission de la Communauté économique européenne*, 25/62, EU:C:1963:17.

²⁷ Verwaltungsgerichtshof (AUTR), Ro 2021/03/0032-8, 0033-7, 0034-6, 20 décembre 2023, AT:VWGH:2023:RO2021030032J00, disponible sur www.curia.europa.eu.

29. Dans trois arrêts du 30 mai 2024, la Cour de justice a appliqué son interprétation de l'arrêt *Google Ireland*²⁸. Dans ces affaires, des services de la société de l'information établis en Irlande ou au Luxembourg s'étaient vus soumis en Italie à diverses dispositions légales de droit italien dont la Cour a jugé qu'elles relevaient du domaine coordonné. Se posait par conséquent la question de savoir si ces mesures remplissaient les conditions posées par l'article 3, § 4, de la directive pour pouvoir être légalement opposées aux services de la société de l'information en question.

La Cour a jugé dans ces trois affaires que les mesures nationales litigieuses en cause semblaient devoir être qualifiées de mesures ayant une portée générale et abstraite. La Cour juge toutefois qu'il appartient au juge national de vérifier ce point. Par conséquent, la Cour a poursuivi son analyse au regard des autres conditions du paragraphe 4, afin de donner une interprétation utile au juge national, dans l'hypothèse où ces mesures n'auraient pas une portée générale et abstraite.

Toutefois, la Cour s'abstient, dans ces arrêts, d'expliquer pourquoi les mesures en cause auraient, selon elle, une portée générale et abstraite. Elle ne donne pas non plus d'indications sur la portée de ces notions ni d'indices au juge national permettant de détecter (l'absence) de telles mesures. La Cour semble donc laisser une certaine latitude au juge national dans l'application des principes dégagés dans l'affaire *Google Ireland*.

30. Deux ans avant cet arrêt, le juge des référés du tribunal de Rotterdam avait été amené à interpréter la notion de mesure prise à l'encontre d'un service donné de la société de l'information²⁹. Dans cette affaire, une société basée dans un autre État membre fournissait des contrats de crédit en ligne aux Pays-Bas. La société facturait des frais de crédit plus élevés que ceux légalement permis par la législation néerlandaise. Par conséquent, la société avait reçu un avertissement de l'autorité néerlandaise des marchés financiers.

Le juge s'est basé sur deux communications de la Commission européenne relativement anciennes³⁰ et sur les conclusions de l'avocat général Szpunar dans

²⁸ C.J.U.E., 30 mai 2024, *Airbnb Ireland UC et Amazon Services Europe Sàrl c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, aff. jtes C-662/22 et C-667/22, EU:C:2024:432; C.J.U.E., 30 mai 2024, *Google Ireland Ltd, Eg Vacation Rentals Ireland Ltd c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, aff. jtes C-664/22 et C-666/22, EU:C:2024:434; C.J.U.E., 30 mai 2024, *Amazon Services Europe Sàrl c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, C-665/22, EU:C:2024:435.

²⁹ Rechtbank Rotterdam, 3 maart 2021, ROT 20/6552, NL:RBROT:2021:2276, disponible sur www.uitspraken.rechtspraak.nl.

³⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne, L'application aux services financiers des articles 3§4 à 3§6 de la directive sur le commerce électronique, Bruxelles, 15 mai 2003, COM(2003) 259 final; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité économique et social européen, Premier rapport sur l'application 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 »), COM(2003)0702 final.

l'affaire *Airbnb*³¹ pour juger que la notion de mesure prise à l'encontre d'un service donné de la société de l'information vise uniquement les mesures adoptées individuellement. Or, selon le juge, la réglementation en cause est générale et ne peut donc pas bénéficier du régime dérogatoire mis en place par l'article 3, § 4, de la directive 2000/31. Elle ne peut donc pas être opposée au prestataire de services dans le cas d'espèce³².

B. La justification de la mesure au regard d'un objectif d'intérêt général

31. La mesure envisagée doit être nécessaire et proportionnée au regard d'(au moins) un des objectifs énumérés par la directive pour pouvoir être opposée au prestataire de services de la société de l'information. Autrement dit, s'il existe des mesures moins attentatoires à la libre prestation du service de la société de l'information pour atteindre l'objectif poursuivi, la condition de nécessité et de proportionnalité ne sera pas remplie.

32. Les objectifs listés par la directive sont les suivants :

- l'ordre public (en ce compris la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale) ;
- la protection de la santé publique ;
- la sécurité publique (y compris la défense nationale) ;
- la protection des consommateurs, y compris des investisseurs.

Il faut relever que la protection de l'environnement ne fait pas partie des objectifs d'intérêt général sur la base desquels des mesures dérogeant à la clause de marché intérieur pourraient être prises. Ceci est regrettable lorsque l'on connaît l'impact environnemental du numérique³³ auquel contribuent les services en ligne, en ce compris les services de la société de l'information.

33. La directive précise encore que la mesure sera permise uniquement si elle est prise à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte à un de ces objectifs ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs. L'État de destination devra donc encore prouver cette atteinte ou qu'un risque sérieux et grave d'atteinte existe.

34. Dans trois arrêts du 30 mai 2024 (déjà mentionnés *supra*, n° 29), la Cour de justice a jugé que les mesures nationales en cause, prises afin d'assurer

³¹ Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J.U.E., 30 avril 2019, X, en présence de YA, *Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, AHTOP, Valhotel*, C-390/18, EU:C:2019:336.

³² Le juge ne semble pas avoir analysé la question de savoir si la problématique qui lui était soumise était exclue du champ d'application de la clause de marché intérieur en vertu de l'article 1^{er}, § 5, de la directive 2000/31 qui exclut de son champ d'application le domaine de la fiscalité. Or, vu le type de service offert par le prestataire de services de la société de l'information en cause, il aurait pu être pertinent, nous semble-t-il, de l'analyser.

³³ À ce sujet, voy. not. l'étude du GreenIT.fr, « Empreinte environnementale du numérique mondial », septembre 2019, disponible sur www.greenit.fr.

l'application du règlement européen dit *platform to business (P2B)*, n'étaient pas de nature à assurer la protection des consommateurs. La Cour relève en effet que ce règlement règle les relations entre les fournisseurs de services d'intermédiation (par exemple, les moteurs de recherche et les réseaux sociaux) et les entreprises utilisatrices. Or, la protection des consommateurs ne couvre pas la protection des entreprises. Ainsi, bien qu'un des objectifs indirects du règlement P2B soit d'assurer la protection des consommateurs (comme énoncé dans son considérant 3), la Cour estime que ce n'est pas suffisant pour juger que des mesures nationales adoptées pour garantir l'application de ce règlement visent la protection des consommateurs. La Cour rappelle à cette occasion que les exceptions sont d'interprétation stricte.

C. La condition procédurale

1. Explication de la procédure

35. Pour pouvoir opposer une mesure nationale à un service de la société de l'information établi dans un autre État membre, l'État membre de destination doit respecter une condition d'ordre procédural³⁴. Il doit en effet demander préalablement à l'État membre d'origine d'adopter des mesures nécessaires pour atteindre l'objectif protégé par les mesures nationales. Si l'État membre d'origine n'a pas fait suite à cette demande, l'État membre de destination pourra, dans un second temps, opposer ses propres mesures au service de la société de l'information concerné.

36. Par ailleurs, l'État membre de destination doit avoir préalablement notifié à la Commission et à l'État membre concerné son intention de prendre lesdites mesures. L'article 3, § 6, dispose que la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité de la mesure notifiée avec le droit européen. Cependant, l'État membre de destination ne doit pas attendre le résultat de cette analyse pour appliquer la mesure en question.

37. À défaut de respect de cette condition procédurale, la mesure de l'État membre de destination sera inopposable au service de la société de l'information³⁵. L'article 3, § 4, de la directive sur le commerce électronique dispose que cette condition s'applique « sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale ». Nous comprenons que les autorités compétentes en matière pénale ne doivent donc pas notifier les poursuites pénales qu'elles engagent³⁶.

³⁴ L'article 3, § 5, prévoit une dérogation à cette condition procédurale en cas d'urgence. Cette dérogation n'est pas examinée davantage dans le cadre de la présente contribution.

³⁵ C.J.U.E., 30 avril 2019, *X en présence de YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, AHTOP, Valhotel*, C-390/18, EU:C:2019:1112, point 96.

³⁶ Considérant 26 de la directive 2000/31.

2. La condition procédurale ne doit pas être confondue avec le système « TRIS » mis en place par la directive 2015/1535

38. La condition procédurale de la clause de marché intérieur ne doit pas être confondue avec le système mis en place par la directive 2015/1535 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information³⁷. Cette directive prévoit qu'en principe, les États membres communiquent à la Commission les projets de règles techniques qu'ils comptent adopter³⁸. Les termes « règle technique » englobent notamment les règles relatives à l'accès et l'exercice des activités de services de la société de l'information, sauf s'ils ne sont concernés que de manière implicite ou incidente³⁹.

39. La Commission doit ensuite transmettre le texte aux autres États membres⁴⁰. Tous peuvent adresser des observations à l'État membre qui a fait part d'un projet de règle technique. Il doit en tenir compte dans la mesure du possible⁴¹. Les autres États membres et la Commission peuvent également adresser des avis circonstanciés à l'État membre ayant communiqué un projet de règle technique. Dans ce cas, ce dernier devra rendre des comptes en faisant rapport à la Commission des suites données aux avis circonstanciés. Le projet de règle technique ne pourra être adopté qu'à l'issue d'une période de trois ou quatre mois après la communication du projet à la Commission, selon qu'il fait ou non l'objet d'avis circonstanciés. Les notifications et les avis circonstanciés sont disponibles via le système « TRIS »⁴². À défaut de notification, les règles techniques seront inopposables, que ce soit dans le cadre d'une procédure pénale ou d'un litige entre particuliers⁴³. Le praticien confronté à un dossier impliquant une réglementation applicable aux services de la société de l'information sera donc attentif à consulter ce système.

³⁷ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015.

³⁸ Art. 5, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la directive 2015/1535.

³⁹ Art. 1^{er}, § 1^{er}, e) et f), de la directive 2015/1535. À titre d'exemple, la Cour constitutionnelle belge a jugé que l'obligation instaurée par la Région de Bruxelles-Capitale pour les intermédiaires en matière d'hébergements touristiques de donner suite à une demande d'informations ne réglemente ni l'accès ni l'exercice de l'activité des services de la société de l'information lorsqu'elle a pour objet de récolter des données nécessaires à la taxation de l'activité de location immobilière sous-jacente. Par conséquent, étant donné qu'elle ne concerne les services de la société de l'information que de manière implicite ou incidente, il ne s'agit pas d'une règle technique (C.C., 17 novembre 2022, n° 148/2022, B.13.1).

⁴⁰ Art. 5, § 1^{er}, al. 5, de la directive 2015/1535.

⁴¹ Art. 5, § 2, de la directive 2015/1535.

⁴² Librement accessible via <https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/fr/home>.

⁴³ C.J.U.E., 19 décembre 2019, *X*, en présence de *YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, AHTOP, Valhotel*, C-390/18, EU:C:2019:1112, point 97; C.J.U.E., 4 février 2016, *Sebat Ince*, C-336/14, EU:C:2016:72, point 84; C.J.U.E., 27 octobre 2016, *James Elliott Construction Limited c. Irish Asphalt Limited*, C-613/14, EU:C:2016:824, point 64.

40. Cette procédure de notification ressemble à la condition procédurale prévue pour les exceptions à la clause de marché intérieur, en ce qu'une notification par un État membre de règles ou de mesures envisagées à la Commission et à l'État membre d'établissement (dans le cadre de l'exception à la clause de marché intérieur) ou à tous les autres États membres (dans le cas de la procédure 2015/1535) est requise. La condition procédurale diffère toutefois en ce qu'elle prévoit en outre l'obligation pour l'État membre de destination de demander à l'État membre d'origine de prendre des mesures visant à protéger l'objectif poursuivi.

Toutes deux ont, *in fine*, pour objectif principal d'éviter la création d'obstacles à la libre prestation des services de la société de l'information. Cependant, la nature de ces obstacles diffère. La procédure 2015/1535 vise à empêcher la création d'obstacles législatifs au marché intérieur avant qu'ils ne se concrétisent en obligeant la notification de projets d'actes législatifs. On se situe donc au stade réglementaire. À l'inverse, la condition procédurale prévue pour les exceptions à la clause de marché intérieur vise des mesures individuelles prises à l'encontre d'un service donné. En quelque sorte, les deux procédures se complètent donc. La sanction attachée à leur non-respect est d'ailleurs identique, à savoir, l'inopposabilité des mesures ou règles concernées⁴⁴.

D. Application : l'affaire *A. c. Daniel B. e.a.*

41. L'affaire *A. c. Daniel B. e.a.* est, à notre connaissance, une des premières dans lesquelles la Cour de justice fait application du mécanisme de la clause de marché intérieur de manière détaillée⁴⁵. L'affaire concernait une pharmacie établie aux Pays-Bas (A.). Elle vendait sur internet des médicaments et des produits de parapharmacie, notamment à destination des consommateurs français. La pharmacie avait mené une campagne de publicité en France sous diverses formes :

- insertion de prospectus publicitaires dans des colis expédiés par des tiers (asilage) et envoi de tracts postaux publicitaires ;
- octroi d'une réduction sur le prix global de la commande de médicaments lorsqu'elle dépasse un certain montant ;
- référencement payant sur les moteurs de recherche.

Des pharmacies établies en France ainsi que l'Union française des groupements de pharmaciens et l'Association française des pharmacies en ligne (Daniel B. e.a.) avaient intenté une action en concurrence déloyale contre A., au motif que cette dernière ne respectant pas la législation française en matière de publicité et de vente pour les médicaments, elle se rendait coupable de concurrence déloyale. A. estimait cependant pouvoir bénéficier de la clause de marché inté-

⁴⁴ C.J.U.E., 19 décembre 2019, *X*, en présence de *YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, AHTOP, Váthotel*, C-390/18, EU:C:2019:1112, point 97.

⁴⁵ C.J.U.E., 1^{er} octobre 2020, *A. c. Daniel B. e.a.*, C-649/18, EU:C:2020:764.

rieur. Autrement dit, selon elle, puisqu'elle était établie aux Pays-Bas, la réglementation française en question ne lui était pas applicable.

En première instance, le tribunal avait suivi l'argumentation de *A. c. Daniel B. e.a.* La requérante avait toutefois interjeté appel de cette décision devant la cour d'appel de Paris. Celle-ci avait posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice sur la clause de marché intérieur, visant principalement à déterminer si la France pouvait bénéficier des exceptions au principe de l'application de la loi du pays d'origine.

42. La Cour de justice commence par poser quelques balises. Elle confirme d'abord que la vente en ligne de médicaments est un service de la société de l'information. Par ailleurs, les publicités en cause, peu importe leur forme (en ligne ou sur papier), relèvent toutes du domaine coordonné. Dès lors, la problématique entre dans le champ d'application de la clause de marché intérieur. Il en résulte que A. doit respecter en principe (uniquement) la législation néerlandaise lorsqu'elle fait de la publicité pour son service de vente en ligne de médicaments, sauf exception.

43. La Cour analyse ensuite si la France peut se prévaloir de l'exception à la clause de marché intérieur pour opposer sa législation nationale à A. La Cour procède à une analyse une par une des interdictions en cause en matière de publicité. Il faut noter que la Cour ne s'est pas préoccupée de la question de savoir si les restrictions constituaient des mesures à l'égard d'un service donné de la société de l'information et s'est concentrée sur les tests de nécessité et de proportionnalité.

S'agissant de l'interdiction des tracts publicitaires, la Cour juge qu'elle vise à protéger la dignité de la profession de pharmacien et donc, *in fine*, la protection de la santé, qui est un des objectifs d'intérêt général au regard desquels des restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information peuvent être admises. Selon la Cour, l'interdiction de tracts publicitaires est apte à atteindre l'objectif recherché, puisque la publicité massive, d'une part, pourrait aboutir à l'assimilation des médicaments à des biens de consommation ordinaire et d'autre part, donne une image mercantile de la profession de pharmacien. S'agissant du critère de nécessité, la Cour estime qu'il revient au juge national d'apprécier si l'interdiction en cause aboutit à empêcher toute forme de publicité en dehors de l'officine, auquel cas la mesure irait au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger l'objectif poursuivi.

S'agissant de l'interdiction des offres promotionnelles, la Cour juge qu'elle vise à prévenir la consommation excessive de médicaments et donc, la protection de la santé, et est apte à atteindre cet objectif. La condition de nécessité est une fois encore laissée à l'appréciation du juge national. La Cour explique que si l'interdiction des offres promotionnelles vise tant les médicaments que les produits de parapharmacies, elle est excessive et ne peut être permise. Il y a donc une

distinction à établir entre les pratiques publicitaires selon qu'elles concernent les produits parapharmaceutiques ou les médicaments. Elles seront plus largement admises dans le premier cas que dans le second, l'impact des uns et des autres sur la santé étant plus ou moins important.

Le fait de subordonner le processus de commande en ligne à un questionnaire de santé permet de récolter davantage d'informations de la part du patient et est donc de nature à protéger la santé. Selon la Cour, une telle mesure paraît nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

S'agissant enfin de l'interdiction du référencement payant, elle permettrait d'assurer une répartition équilibrée des officines sur le territoire national en évitant la concentration de la commercialisation de médicaments entre les mains des plus grosses officines. La Cour reconnaît qu'un tel objectif participe à la protection de la santé publique. Néanmoins, elle doute que cette mesure, d'une part, permette de l'atteindre et, d'autre part, qu'il n'existe pas d'autres moyens moins attentatoires à la libre circulation des services de la société de l'information pour l'atteindre. Elle estime qu'il revient à la juridiction nationale de répondre à ces questions.

44. Forte de ces réponses, la cour d'appel de Paris tranche le conflit qui lui est soumis⁴⁶. D'abord, elle juge que la réglementation française qui met en place le questionnaire de santé ne remplit pas la condition procédurale. Cette exigence est donc inopposable à A⁴⁷.

Ensuite, s'agissant des autres interdictions, la cour d'appel juge en substance que les dispositions nationales en cause sont trop abstraites ou inadéquates au commerce électronique. Par conséquent, elles ne permettent pas de contrôler la nécessité et la proportionnalité au regard de l'objectif de santé publique⁴⁸. A. ne peut donc être tenu responsable d'actes de concurrence déloyale.

45. Cette saga appelle plusieurs constats. D'abord, elle montre parfaitement l'impact concret de la clause de marché intérieur pour les prestataires de services de la société de l'information. En outre, la cour d'appel n'a pas analysé en détail la condition de la nécessité des différences interdictions en cause lorsque la Cour de justice l'invitait à le faire. La juridiction française s'est contentée de constater que les dispositions nationales étaient trop génériques et empêchaient de contrôler leur nécessité et leur proportionnalité, ce qui paraît être une justification quelque peu légère. Force est donc de constater que l'application de l'interprétation dégagée par la Cour de justice n'a pas semblé aisée pour le juge national dans cette affaire.

⁴⁶ Cour d'appel de Paris (Fr.), 17 septembre 2021, n° 17/17803, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁷ Point 34.

⁴⁸ Points 43-44.

Conclusion

46. La clause de marché intérieur, combinée avec le système TRIS, instaure un régime de libre prestation des services particulier pour les services de la société de l'information. Les procédures qui y sont liées constituent en effet une spécificité que le régime traditionnel de la liberté de circulation des services ne connaît pas.

47. Cette libre prestation des services de la société de l'information n'est toutefois pas exempte d'écueils. D'abord, elle peut empêcher certaines avancées législatives. Par exemple, le législateur français a décidé de revoir ses ambitions en matière d'écoconception des sites web à la baisse après avoir pris conscience du faible impact qu'aurait une telle réglementation nationale. Pour diminuer l'empreinte environnementale du numérique, il souhaitait en effet instaurer une obligation d'écoconcevoir certains services en ligne. Toutefois, une telle obligation aurait eu un impact limité puisqu'elle n'aurait pas pu s'appliquer (facilement) aux services prestés au départ d'autres États que la France. Le législateur français a donc revu ses intentions à la baisse⁴⁹.

Par ailleurs, la clause de marché intérieur reposant sur le principe du *home country control*, si l'État membre d'établissement ne réglemente pas ou peu les services de la société de l'information ou ne les contrôle pas, leurs prestataires disposent de grandes libertés. C'est par exemple le cas des grandes plateformes établies en Irlande. Malgré l'existence de cette difficulté bien connue, la clause de marché intérieur a été maintenue, alors que la directive 2000/31 a été pour partie récemment abrogée à la suite de l'adoption du *Digital Services Act*. Ce règlement met en place certaines procédures particulières pour contrer les effets négatifs du *home country control* et du principe du pays d'origine, notamment en plaçant les très grandes plateformes sous le contrôle de la Commission européenne et non plus uniquement sous le contrôle de l'autorité de contrôle nationale de l'État membre d'origine⁵⁰. Cette procédure concerne toutefois un nombre limité d'acteurs (les plus importants). L'adoption du *Digital Services Act* aurait dès lors pu être l'occasion de réformer en profondeur le mécanisme de la libre prestation des services de la société de l'information, mais le législateur européen n'a pas concentré ses efforts sur ce point.

⁴⁹ Pour une analyse plus détaillée de cette question, voy. P. WILLEM, « Chapitre 4 – L'écoconception des contenus et services numériques : une voie à explorer pour un monde numérique plus vert », in H. Jacquemin et A. Lachapelle (dir.), *Numérique et développement durable : obstacles et opportunités pour le droit*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 111-115 ; C. BOURGUIGNON, « Chapitre 1 – Le fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne devrait-il être repensé pour intégrer les impacts environnementaux des technologies numériques », in H. Jacquemin (dir.), *Time to Reshape the Digital Society*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 33-37.

⁵⁰ J. CHARPENET, « Entre optimisation juridique des pouvoirs privés numériques et Digital Services Act, où en sommes-nous de l'application du principe du pays d'origine? », *Dalloz IP/IT*, 2024, n° 4, pp. 237-239.

Bien qu'elle présente des écueils, la clause de marché intérieur, tout comme le système TRIS, est avant tout, pour les praticiens, un outil très puissant dont ils ne devraient pas hésiter à s'emparer.

48. La pleine puissance de cette liberté de circulation particulière pour les services de la société de l'information est révélée au fur et à mesure des arrêts de la Cour de justice. À l'origine de ces arrêts, rendus sur la base de questions préjudicielles, se trouvent de nombreux praticiens attentifs et réceptifs au droit de l'Union... qui doivent le rester dans le cadre de la mise en œuvre, par le juge national, de l'interprétation dégagée par la Cour de justice.