

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le fonctionnement du marché intérieur de l'union européenne devrait-il être repensé pour intégrer les impacts environnementaux des technologies numériques ?

Bourguignon, Camille

Published in:

Time to reshape the digital society

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Bourguignon, C 2021, Le fonctionnement du marché intérieur de l'union européenne devrait-il être repensé pour intégrer les impacts environnementaux des technologies numériques ? dans *Time to reshape the digital society: 40th anniversary of the CRIDS*. Collection du CRIDS, numéro 52, Larcier , Bruxelles, pp. 19-42.

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.

CHAPITRE 1

Le fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne devrait-il être repensé pour intégrer les impacts environnementaux des technologies numériques ?

Camille BOURGUIGNON¹

Introduction

1. Les transitions écologique et numérique. La transition écologique et la transition numérique constituent deux phénomènes majeurs et marquants de notre époque². La première est de plus en plus perçue par la majorité des acteurs, qu'il s'agisse des citoyens, des politiques mais également des entreprises, comme indispensable en vue d'assurer un avenir viable pour la planète et pour l'humanité³. Elle constitue une nécessité face à une urgence environnementale incontournable. La seconde, en revanche, ne paraît pas impulsée par une quelconque urgence d'agir. Elle s'inscrit plutôt dans la droite ligne des révolutions industrielles passées, dont l'opportunité et la nécessité peuvent être discutées, mais dont les

¹ Assistante à l'UNamur (CRIDS/NaDI), avocate au Barreau de Paris. Avec nos vifs remerciements au Professeur Hervé Jacquemin pour sa relecture assidue et ses remarques pertinentes.

² Pour une description inspirante de ces deux transitions, voy. en particulier D. DEMAILLY, R. FRANCOU, D. KAPLAN et M. SAUJOT, « Faire converger les transitions numérique et écologique », 3(87) *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, 2017, p. 13.

³ Voy. en ce sens Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, 11 décembre 2019, p. 2.

impacts se ressentent dans tous les pans de la société⁴. Cette seconde transition est promue au sein de l'Union européenne dans le cadre de la construction du marché unique numérique⁵.

Ces deux transitions semblent avoir évolué pendant longtemps dans des sphères parallèles⁶, sans que les interactions entre les deux n'aient été évoquées ni même identifiées⁷, en particulier en termes de potentiels impacts de l'une sur l'autre et inversement. Le développement du numérique ne peut-il pas pourtant servir la transition écologique ? Ou, au contraire, n'a-t-il pas des conséquences néfastes sur l'environnement, freinant par là même ladite transition écologique ?

Cette période d'évolutions parallèles paraît néanmoins résolue au point que l'on évoque désormais la convergence de ces deux transitions⁸. Mais la question de leur convergence implique au préalable d'en identifier les points de rencontre et, le cas échéant, d'éventuelles frictions.

2. Le numérique vu comme outil de protection de l'environnement. Les potentiels effets positifs que les technologies numériques sont susceptibles d'offrir pour mieux appréhender et contenir la crise environnementale mondiale sont prônés tant par les pouvoirs publics que par l'industrie. Cette rencontre entre le développement du numérique et la protection de l'environnement peut être désignée par le vocable d'« IT for green ».

⁴ Dans sa stratégie pour un marché unique numérique, la Commission européenne précisait que « les technologies de l'information et de la communication (TIC) ne sont plus un secteur économique parmi d'autres, mais elles constituent désormais la base sur laquelle reposent tous les systèmes économiques novateurs modernes. Au quotidien, au travail et dans notre vie sociale, l'internet et les technologies numériques transforment notre manière de vivre et de travailler en pénétrant tous les secteurs de l'économie et de la société ». Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM (2015) 192 final, 6 mai 2015, p. 3.

⁵ Voy. Communication – Stratégie pour un marché unique numérique, COM (2015) 192 final, précitée.

⁶ D. DEMAILLY, R. FRANCOU, D. KAPLAN et M. SAUJOT, « Faire converger les transitions numérique et écologique », *op. cit.*, p. 13.

⁷ Voy., par exemple, sur la question des spécialistes de la transition écologique n'ayant pas tenu compte des impacts environnementaux du numérique, F. FLIPO, *L'impératif de la sobriété numérique. L'enjeu des modes de vie*, coll. Essais, Editions Matériologiques, Paris, novembre 2020, pp. 11-12.

⁸ Sur l'emploi de la notion de convergence en doctrine, voy. D. DEMAILLY, R. FRANCOU, D. KAPLAN, M. SAUJOT, *op. cit.* Le concept de « convergence des deux transitions » est également prôné par le gouvernement français, voy. *Numérique et Environnement – Faisons converger les gouvernances*, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/>, 23 février 2021.

Le pacte vert pour l'Europe, proposé par la Commission européenne le 11 décembre 2019, constitue un exemple frappant de cette promotion de *l'IT for green*. La Commission y présente les technologies numériques « telles que l'intelligence artificielle, la 5G, l'informatique en nuage, le traitement des données à la périphérie (« *edge computing* ») et l'internet des objets » comme étant « d'une importance cruciale pour atteindre les objectifs fixés par le pacte vert en matière de développement durable, et ce dans une grande variété de secteurs »⁹.

Les promesses qu'offrent les technologies numériques en tant qu'outils potentiellement efficaces pour protéger voire pour promouvoir l'environnement ne doivent toutefois pas occulter l'autre rencontre qui se joue entre numérique et environnement.

3. Le numérique vu comme cause de la crise environnementale.

Cette autre rencontre est celle du développement des technologies numériques vu également comme cause potentielle – et désormais avérée –, parmi d'autres, de la crise environnementale.

Le collectif GreenIT.fr¹⁰ relève, par exemple, qu'en 2019, au niveau mondial, la contribution du numérique à l'empreinte environnementale était de l'ordre de 3,8 % en termes d'émissions de gaz à effet de serre et de 5,5 % en termes de consommation d'électricité¹¹. Une comparaison édifiante est également souvent citée : le volume des émissions de gaz à effet de serre liées aux technologies numériques serait équivalent voire supérieur à celui produit par l'ensemble de l'aviation civile¹². On comprend, par ailleurs, que les impacts environnementaux des technologies numériques sont de différents ordres. Ils peuvent prendre la forme d'empreinte carbone, d'utilisation de ressources telles que l'eau ou les métaux rares, d'utilisation des sols impactant d'autant la biodiversité ou encore de déchets électroniques difficilement recyclables¹³.

⁹ Communication de la Commission – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, précitée, p. 10.

¹⁰ Collectif d'expert.e.s actifs notamment en France dans le déploiement de démarches de sobriété numérique et de numérique responsable, description disponible sur <https://www.greenit.fr/equipe/>, consulté le 10 août 2021.

¹¹ GreenIT.fr, *Empreinte environnementale du numérique mondial*, disponible sur <https://www.greenit.fr>, octobre 2019, p. 9.

¹² Voy. par exemple F. FLIPO, *L'impératif de la sobriété numérique. L'enjeu des modes de vie*, op. cit., p. 21 ; F. BERTHOUD, « Numérique et écologie », 3(87) *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, 2017, p. 72 ; M. DOBRÉ, F. FLIPO et M. MICHOT, *La face cachée du numérique : l'impact environnemental des nouvelles technologies*, disponible sur www.researchgate.net, janvier 2013, p. 9.

¹³ Sur l'identification des différents impacts du numérique sur l'environnement, voy. notamment F. BERTHOUD, « Numérique et écologie », op. cit. ; GreenIT.fr, *Empreinte*

Les chiffres cités précédemment sont d'autant plus inquiétants qu'ils sont appelés à augmenter de manière exponentielle dans un avenir proche notamment avec la multiplication des usages permis par la 5G et/ou liés au développement des objets connectés¹⁴.

L'empreinte environnementale du numérique n'est pas ignorée par les institutions européennes, bien au contraire. La Commission européenne reconnaissait d'ailleurs le 2 février 2020, dans sa communication « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », que « le secteur des TIC doit connaître sa propre transformation écologique. Son empreinte écologique est importante [...]. Les centres de données et les télécommunications devront améliorer leur efficacité énergétique, recourir à la valorisation énergétique des déchets et utiliser davantage de sources d'énergie renouvelables. Ils peuvent et doivent devenir neutres sur le plan climatique d'ici à 2030 »¹⁵. Sur le déploiement des technologies d'intelligence artificielle, plus particulièrement, le Parlement européen, le 20 octobre 2020, soulignait qu'« étant donné le développement croissant d'applications d'IA, qui nécessitent des ressources informatiques, de stockage et d'énergie, il faudrait prendre en considération l'incidence environnementale des systèmes d'IA tout au long de leur cycle de vie »¹⁶.

Des pistes d'intervention à un niveau européen pour réduire l'impact environnemental du numérique sont identifiées et leur déploiement amorcé. Dans ce cadre, peut être citée, par exemple, l'annonce d'une « initiative d'économie circulaire pour le matériel électronique » qui doit viser « à faire en sorte que les appareils soient conçus de manière à améliorer leur durabilité et à faciliter leur entretien, leur désassemblage, leur réutilisation et leur recyclage » et qui comprendra « un droit à la réparation ou à la mise à niveau des appareils électroniques afin d'en prolonger la durée de vie et d'éviter l'obsolescence programmée »¹⁷. Dans

environnementale du numérique mondial, op. cit., p. 9 ; R. OBRINGER, B. RACHUNOK, D. MAIA-SILVA, M. ARBABZADEH, R. NATEGHI et K. MADANI, « The overlooked environmental footprint of increasing Internet use », *Resources, Conservation and Recycling*, disponible sur www.science-direct.com, avril 2020.

¹⁴ Sur ces perspectives probables, voy. notamment The Shift Project, « Impact environnemental du numérique : tendance à 5 ans et gouvernance de la 5G, Synthèse », disponible sur <https://theshiftproject.org/>, mars 2021, p. 4.

¹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Façonner l'avenir numérique de l'Europe, COM (2020) 67 final, 2 février 2020, p. 13.

¹⁶ Résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes, 2020/2012(INL), 20 octobre 2020, pt 52.

¹⁷ Communication de la Commission – Façonner l'avenir numérique de l'Europe, COM (2020) 67 final, précitée, p. 14.

cette perspective, un plan d'action pour une économie circulaire a été adopté le 11 mars 2020¹⁸. La Commission européenne a, par ailleurs, mis en place, en 2016, un *Code of Conduct for Data Centres Energy Efficiency* dont le but est notamment d'inciter les opérateurs concernés à réduire la consommation d'énergie de leurs *data centres* de manière rentable, les-dits opérateurs qui acceptent de se soumettre à ce code le faisant sur une base volontaire¹⁹. Si certains objets numériques (notamment les appareils électroniques, les *data centres*) sont identifiés comme pouvant avoir un impact environnemental et donc comme justifiant un certain encadrement juridique à cet égard, une intervention législative appréhendant le numérique et son impact environnemental de manière transversale et globale ne semble pas, à ce jour, constituer une piste privilégiée par les institutions européennes.

Dans le même sens, s'ils définissent des actions concrètes de transformation dans les domaines du transport, de la construction et de la rénovation des bâtiments, de l'industrie et des chaînes de production ou encore de l'énergie, le Pacte vert et sa mise en œuvre annoncée en juillet 2021 n'abordent pas l'empreinte environnementale du numérique en tant que telle et ne proposent pas de stratégie *ad hoc* pour la contenir²⁰. Une cinquantaine de députés du Parlement européen, dans une lettre ouverte du 19 avril 2021, ont pourtant attiré l'attention de la Commission européenne sur la nécessité de garantir que « *the digital transition promotes and does not hamper the green transition* »²¹. Mais à ce jour il ne semble pas prévu d'envisager un acte législatif *ad hoc* et transversal pour limiter l'empreinte environnementale du numérique au niveau européen.

¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire. Pour une Europe plus propre et plus compétitive, COM (2020) 98 final, 11 mars 2020, p. 4. Sur ce plan d'action, voy. notamment H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable », 9(6847) *J.T.*, 2021, pp. 161-179.

¹⁹ Voy. le site internet de la Commission européenne consacré à ce *Code of conduct*, accessible sur <https://e3p.jrc.ec.europa.eu/communities/data-centres-code-conduct>, consulté le 10 août 2021.

²⁰ Communication de la Commission – Le pacte vert pour l'Europe, COM (2019) 640 final, précitée. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – « Ajustement à l'objectif 55 » : atteindre l'objectif climatique de l'UE à l'horizon 2030 sur la voie de la neutralité climatique, COM (2021) 550 final, 14 juillet 2021.

²¹ 50 parlementaires européens, « Open letter for the need of environmental data and standards for the ICT sector », disponible sur https://www.greens-efa.eu/files/assets/docs/open_letter_on_the_need_of_environmental_data_and_standards_for_the_ict_sector.pdf, 19 avril 2021.

4. La proposition de loi du Sénat français pour réduire l'impact environnemental du numérique. Partant du constat que les technologies numériques sont elles-mêmes une cause de la dégradation environnementale, le 12 janvier 2021, le Sénat français a adopté une proposition de loi ambitieuse²². On y trouve des mesures précises visant notamment à limiter le renouvellement des terminaux numériques (comme les ordinateurs ou les smartphones) ou encore à promouvoir des usages d'un numérique vertueux d'un point de vue environnemental (est par exemple évoquée l'exigence d'une écoconception des sites web)²³.

Ce texte est un exemple intéressant et inédit d'utilisation du droit dans l'optique de réduire l'impact environnemental du numérique et il est fort à parier que des exemples de ce type se multiplieront dans les prochains mois et années.

5. L'articulation entre les initiatives nationales et les libertés de circulation du Traité au sein de l'Union et en particulier la liberté de circulation des services de la société de l'information. Aussi ambitieuse soit-elle, cette proposition de loi reste une initiative d'un État membre. Au niveau de l'Union européenne, elle risque de se heurter aux principes cardinaux du marché intérieur et aux libertés fondamentales de circulation des marchandises et services posées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE ») qui le sous-tendent²⁴. On sait, en effet, que toute divergence de législations entre États membres (et donc toute initiative législative nationale) est susceptible de créer une entrave à ces libertés de circulation qui pourrait par principe être interdite.

Pour autant, tant qu'aucune harmonisation européenne n'est définie et mise en oeuvre en vue de limiter les impacts environnementaux du numérique, toute initiative nationale de ce type doit être encouragée, ne serait-ce que parce qu'elle pourrait justement constituer le point de départ d'une réflexion plus globale au niveau européen.

²² Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, Sénat (fr.), 2020-2021, n° 42, 12 janvier 2021. Une version amendée de cette proposition de loi a depuis lors été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale française (Proposition de loi, adoptée avec modifications, par l'Assemblée nationale (fr.), visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, 2020-2021, n° 680, 11 juin 2021). Ce texte doit encore faire l'objet de secondes lectures de la part des deux chambres du Parlement français et être soumis pour avis à d'autres autorités avant de pouvoir être définitivement adopté.

²³ Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, Sénat (fr.), précitée, art. 16. Sur cette disposition et ses différents amendements adoptés en première lecture par l'Assemblée nationale, voy. *infra*, pt 10.

²⁴ TFUE, art. 34, 49 et 56.

On voit ici poindre un conflit potentiel entre, d'un côté, les initiatives nationales qui viseraient une (meilleure) prise en compte des impacts environnementaux du numérique (et constitueraient une base de réflexion utile pour une harmonisation européenne future) et, de l'autre, le fonctionnement du marché intérieur. Un tel potentiel conflit nécessiterait la définition, si besoin par les juges et en particulier la Cour de justice de l'Union, d'un équilibre et d'une mise en balance des différents intérêts en jeu.

Mais encore faudrait-il que la recherche d'un tel équilibre soit rendue possible. Or, cette recherche semble compromise dans une hypothèse particulière de technologies numériques pourtant loin d'être anecdotique (en ce qu'elle renvoie à la majorité des sites web, des boutiques en ligne, etc.) : celle des services de la société de l'information (ci-après les « SSI »)²⁵.

Via sa clause dite de « marché intérieur », la directive 2000/31 sur le commerce électronique²⁶ (ci-après la « directive 2000/31 ») renforce, en effet, le principe de libre circulation des SSI fluidifiant encore davantage, par rapport au principe des libertés de circulation prévu par le TFUE, la circulation transfrontalière de ces services²⁷. En application de cette clause, un État membre ne serait pas autorisé à opposer à des prestataires de SSI établis dans d'autres États membres sa législation qui viserait spécifiquement à limiter l'impact environnemental de leurs services²⁸.

Ce mécanisme de la clause de marché intérieur est d'autant plus important qu'il est voué à être pérenne. Dans l'actuelle proposition de Règlement « Digital Services Act », qui vise à réformer certaines dispositions de la directive 2000/31, la Commission européenne annonce, en effet, souhaiter le maintenir tel quel²⁹.

La question suivante se pose alors : la clause de marché intérieur de la directive 2000/31, en l'état, est-elle pertinente pour assurer un équilibre adéquat entre le fonctionnement du marché intérieur (et la libre circulation des SSI qu'il sous-tend) et la protection de l'environnement (qui impliquerait une régulation des impacts environnementaux de ces SSI, si besoin dans un premier temps à un niveau national) ?

²⁵ Les SSI sont précisément définis *infra*, voy. pt 7.

²⁶ 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 »), J.O.C.E., L 178, 17 juillet 2000.

²⁷ Directive 2000/31, précitée, art. 3 sur la clause de marché intérieur et le mécanisme de libre circulation renforcée des SSI qu'elle met en place, voy. *infra*, pt 7.

²⁸ Cette affirmation est démontrée *infra*, en partie I.

²⁹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, 15 décembre 2020, p. 4.

6. Plan. En l'état, la réponse à cette question est négative : la clause de marché intérieur de la directive 2000/31 ne permet pas de parvenir à un tel équilibre (I). La conséquence potentielle directe est d'empêcher que des initiatives nationales pertinentes en vue de limiter l'impact environnemental du numérique soient développées et constituent un point de départ utile pour qu'une réflexion à un niveau européen soit menée (II). En l'absence d'harmonisation européenne visant à limiter les impacts environnementaux des technologies numériques (et en particulier des SSI), il paraît donc nécessaire de reformuler cette clause afin que les enjeux environnementaux y soient intégrés (III).

I. L'absence d'intégration des enjeux environnementaux dans le principe de libre circulation des services de la société de l'information

7. La liberté de circulation des services de la société de l'information par le mécanisme de la clause de marché intérieur. La directive 2000/31 met en œuvre, dans le cadre du commerce électronique, le principe de libre circulation des services consacré aux articles 49 et 56 du TFUE et l'applique spécifiquement aux SSI. Cette notion de SSI renvoie à « tout service³⁰ presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »³¹. Elle a un champ d'application très large³² et est susceptible

³⁰ Les services sont ceux visés par l'article 57 du TFUE, à savoir les « prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». En ce sens, voy. H. JACQUEMIN, « Responsabilité et numérique : le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires », 9(188) *For. Ass.*, 2018, p. 178, pt 5.

³¹ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, L 204, 21 juillet 1998, art. 1^{er}, 2), abrogée et remplacée par 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.*, L 241, 17 septembre 2015, art. 1^{er}, pt 1, sous b). Pour définir la notion de SSI et donc déterminer son champ d'application, la directive 2000/31 renvoie à la définition des SSI telle qu'elle est consacrée par l'article 1^{er}, 2), de la directive 98/34 et désormais par l'article 1^{er}, 1., b), de la directive 2015/1535 (voy. directive 2000/31, précitée, art. 2).

³² Pour la Commission, les SSI couvrent en effet « un vaste éventail de services fournis en ligne (les « services de la société de l'information ») allant des journaux en ligne et des services de presse spécialisée (comme l'information économique ou financière) à la vente

de couvrir des services aussi divers que des plateformes de service d'intermédiation³³, des moteurs de recherche³⁴ ou encore des sites de vente en ligne classiques (comme des sites de vente d'électroménager) ou moins classiques (comme un site de commerce électronique de médicaments)³⁵.

La qualification d'un service en SSI a pour conséquence majeure de faire bénéficier ledit service d'un principe de liberté de circulation renforcé. Ce principe est établi à l'article 3 de la directive 2000/31 via le mécanisme évoqué en introduction de la clause de marché intérieur. Ce mécanisme repose sur un principe de confiance mutuelle entre les États. En vertu de cette clause de marché intérieur, l'État membre d'établissement s'engage à assurer que les prestataires établis sur son territoire respectent bien sa propre législation³⁶. De son côté, l'État de destination des services ayant, par principe, confiance en son homologue et en sa législation pour être équivalente à la sienne, ne peut empêcher ou freiner la libre circulation des services proposés par ces mêmes prestataires, en leur imposant sa propre législation³⁷.

Dans certaines hypothèses, l'État de destination du SSI est autorisé, par exception, à opposer au prestataire étranger sa propre règle soit parce que ladite règle est exclue expressément du champ d'application de la

en ligne de divers produits (livres, matériel et logiciel informatique, produits pharmaceutiques, etc.), ou à la fourniture en ligne de services financiers (opérations bancaires en ligne, investissements en ligne) » (Rapport de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil et au Comité Economique 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) 702 final, 21 novembre 2003, p. 4).

³³ Voy., par exemple, la décision de la Cour de justice qualifiant la plateforme Airbnb de SSI, C.J. (gde ch.), arrêt *Procédure pénale contre X (Airbnb)*, 19 décembre 2019, C-390/18, EU:C:2019:1112, pts 39-49. Sur cet arrêt, voy. notamment M. Ho-DAC, « La (dé)réglementation des services d'intermédiation fournis par la plateforme Airbnb à l'aune de la directive « commerce électronique » », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2020/3, pp. 588-613 ; M. LEDGER, « CJEU ruling on legal qualification of Airbnb services », *R.D.T.I.*, 2020/3, pp. 117-124 ; G. LOISEAU, « Airbnb n'est pas un service d'intermédiation indissolublement lié à un service de prestation d'hébergement », *Communications Commerce Electronique*, février 2020/2, pp. 29-32.

³⁴ Voy. le récent Règlement européen dit « Platform to Business » qui confirme que les services d'intermédiation en ligne et les moteurs de recherche peuvent constituer des SSI, Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *J.O.*, L 186, 11 juillet 2019.

³⁵ La Cour de justice l'a confirmé dans une récente décision, C.J., arrêt *A contre Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, EU:C:2020:764, pt 33.

³⁶ Directive 2000/31, précitée, art. 3, § 1.

³⁷ Directive 2000/31, précitée, art. 3, § 2.

clause de marché intérieur, soit parce que l'État de destination parvient à démontrer qu'opposer audit prestataire sa propre règle serait justifié par un objectif d'intérêt général identifié et que ladite règle serait nécessaire et proportionnée pour atteindre cet objectif.

Étonnamment, nous verrons ci-dessous que les règles protectrices de l'environnement n'entrent dans aucune de ces deux hypothèses, de sorte que l'État membre de destination ne dispose d'aucun moyen juridique pour, le cas échéant, asseoir l'opposabilité de telles règles à un prestataire de SSI établi dans un autre État membre.

8. L'inclusion des règles environnementales dans le champ d'application de la clause de marché intérieur. L'application de la clause de marché intérieur est expressément exclue dans les matières qui sont limitativement énumérées en annexe de la directive 2000/31. Les prestataires de SSI ne pourront, par exemple, pas s'en prévaloir pour empêcher l'application par l'État de destination à leur égard d'une mesure concernant les droits d'auteur ou encore ayant trait aux obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs³⁸. La protection de l'environnement n'est, en revanche, pas visée dans ces matières expressément exclues.

Par ailleurs, la clause de marché intérieur a un champ d'application identifié : elle s'applique précisément aux exigences nationales qui sont couvertes par ce que la directive 2000/31 appelle le « domaine coordonné ». Conformément à l'article 2, sous h), de la directive, ce domaine coordonné couvre les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres ayant trait à l'accès à l'activité d'un SSI³⁹ et celles concernant l'exercice par le prestataire de cette activité⁴⁰. Par exception, sont expressément exclus de ce domaine coordonné trois types d'exigences nationales : (i) les exigences applicables aux biens en tant que tels, (ii) les exigences applicables à la livraison des biens et (iii) les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique⁴¹.

En dehors de ces trois exceptions, le champ d'application du domaine coordonné (et partant de la clause de marché intérieur) est très large. Ici

³⁸ Directive 2000/31, précitée, art. 3, § 3 et annexe.

³⁹ Sont ici visées les exigences ayant trait à la qualification ou à l'autorisation requises pour pouvoir proposer un service donné de la société de l'information.

⁴⁰ Sont visées en particulier les exigences concernant la qualité ou le contenu d'un site. Sont également visées les exigences ayant trait à la publicité faisant la promotion du service, sur ce point voy. par exemple C.J., arrêt *A contre Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précité.

⁴¹ Directive 2000/31, précitée, art. 2, sous h), ii).

encore, les exigences ayant trait à la protection de l'environnement ne sont pas mentionnées parmi les types d'exigences expressément exclus.

Certaines exigences protectrices de l'environnement pourraient néanmoins être rattachées à l'une des trois exceptions mentionnées ci-dessus. Il pourrait être argumenté, par exemple, que les dispositions françaises prises dans le cadre de la loi relative à la lutte contre le gaspillage⁴², qui obligent le fabricant à communiquer un indice de réparabilité concernant les équipements électriques et électroniques qu'il met sur le marché⁴³, constituent des « exigences applicables aux biens en tant que tels ». Elles seraient alors exclues du domaine coordonné. On pourrait envisager également qu'une disposition nationale qui exigerait de faire appel à des modes de livraison de biens commandés en ligne respectueux de l'environnement (par exemple dans un périmètre déterminé via des véhicules non équipés d'un moteur thermique) entre dans la catégorie des « exigences applicables à la livraison des biens » et soit ainsi également exclue du domaine coordonné.

Néanmoins, sauf à les rattacher à l'une des trois exceptions limitativement énumérées ci-dessus, les exigences nationales visant spécifiquement la protection de l'environnement sont, par principe, couvertes par le domaine coordonné et entrent donc dans le champ d'application de la clause de marché intérieur. Un État membre ne peut, à ce titre, opposer de telles exigences à un prestataire établi dans un autre État membre.

Des mesures nationales (i) qui, par exemple, imposeraient de ne recourir qu'à des *data centers* dont l'efficacité énergétique respecte un référentiel déterminé⁴⁴, (ii) qui limiteraient l'utilisation de la 5G à un certain nombre d'usages identifiés comme justifiés ou prioritaires⁴⁵, (iii) qui exigeraient

⁴² Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (fr.), *J.O.R.F.*, n° 35, 11 février 2020.

⁴³ Code de l'environnement (fr.), art. L. 541-9-2.

⁴⁴ Pour une proposition en ce sens, voy. la fiche action n° 9 « Maîtriser l'empreinte environnementale liée à l'usage des infrastructures numériques », élaborée par le gouvernement français dans sa feuille de route *Numérique et Environnement – Faisons converger les gouvernances*, précitée, p. 25.

⁴⁵ En ce sens, le Haut Conseil pour le Climat, en France, évoque la nécessité éventuelle d'opérer une priorisation dans les usages et de déterminer au sein du numérique les usages qui pourraient être privilégiés et ceux qui, au contraire, devraient être interdits. Le Haut Conseil pour le Climat ajoute qu'une telle proposition devrait nécessairement impliquer un débat public. Il ne manque pas de souligner, par ailleurs, qu'une telle proposition poserait néanmoins des questions délicates d'articulation avec le principe de neutralité du net. Haut Conseil pour le Climat (fr.), Rapport « Maîtriser l'impact carbone de la 5G », disponible sur www.hautconseilclimat.fr, décembre 2020, p. 24.

des sites web qu'ils répondent à des normes d'écoconception⁴⁶ ou encore (iv) qui interdiraient l'utilisation de certaines allégations environnementales ou la diffusion de promotions en faveur de tel ou tel bien identifié comme néfaste pour l'environnement⁴⁷, pourraient difficilement être rattachées à l'une des trois exceptions évoquées précédemment. En application de la clause de marché intérieur, l'État membre ayant adopté de telles mesures ne pourrait donc pas les opposer au prestataire de SSI établi dans un autre État membre.

9. L'impossible dérogation à la clause de marché intérieur en vue de protéger l'environnement. Lorsque la clause de marché intérieur s'applique (lorsque la mesure nationale considérée n'entre dans aucune des exceptions ci-dessus évoquées), le principe de libre circulation des SSI doit être mis en œuvre. Un tel principe n'est toutefois pas absolu. Un État qui souhaite opposer sa propre règle à un prestataire étranger peut y déroger mais uniquement s'il respecte deux conditions cumulatives⁴⁸. Le non-respect par l'État de destination de ces deux conditions l'empêche de déroger à la clause de marché intérieur. C'est en cela que la liberté de circulation des SSI est renforcée par rapport aux libertés de circulation du TFUE.

L'une de ces deux conditions est la condition dite « procédurale »⁴⁹. En vertu de cette condition procédurale, pour être autorisé à déroger à la clause de marché intérieur en vue de défendre un objectif d'intérêt général déterminé, l'État de destination doit demander préalablement à l'État membre où le prestataire est établi de prendre, lui-même, les mesures nécessaires pour atteindre un tel objectif. Ce n'est que si l'État de destination peut démontrer que l'État d'établissement n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger ledit objectif qu'il peut intervenir à l'encontre

⁴⁶ Voy. par exemple la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, Sénat (fr.), précitée, art. 16. Sur cette disposition et son amendement en première lecture par l'Assemblée nationale, voy. *infra*, pt 10.

⁴⁷ Pour un exemple de règles interdisant l'utilisation de certaines allégations environnementales, voy. les décisions du Jury d'Éthique publicitaire belge citées dans H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*, p. 173, pt 39. Pour un exemple de règles limitant la possibilité de faire de la publicité en faveur de tel ou tel bien identifié comme néfaste pour l'environnement, voy. le projet de loi français portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dont le texte définitif provisoire a été adopté par l'Assemblée nationale le 20 juillet 2021, et qui fait actuellement l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel (2020-2021, n° 651). L'article 7 du projet de loi interdit la publicité relative à la commercialisation ou faisant la promotion des énergies fossiles (les énergies fossiles concernées en question ne sont pas listées et devront être déterminées par décret en Conseil d'État).

⁴⁸ Ces conditions sont posées à l'article 3, § 4, de la directive 2000/31, précitée.

⁴⁹ Directive 2000/31, précitée, art. 3, § 4, sous b).

du prestataire de SSI. Par ailleurs, l'État de destination doit notifier à la Commission européenne et à l'État d'établissement son intention de prendre lesdites mesures⁵⁰. Sauf l'hypothèse prévue de l'urgence⁵¹, si l'État de destination a pris des mesures à l'encontre d'un prestataire établi sur le territoire d'un autre État sans s'être conformé à cette condition procédurale, lesdites mesures seront considérées comme étant inopposables au prestataire⁵².

Cette condition procédurale permet l'instauration d'un dialogue entre la Commission européenne, l'État de destination et l'État d'établissement avant qu'une mesure potentiellement non compatible avec la liberté de circulation des SSI ne soit adoptée et n'entrave le fonctionnement du marché intérieur.

Pour que ce dialogue puisse avoir lieu, encore faut-il que l'autre condition de dérogation à la clause de marché intérieur prévue par la directive 2000/31 puisse être remplie. Cette autre condition est dite « substantielle »⁵³. En vertu de cette condition, l'État membre de destination ne peut adopter une mesure à l'encontre d'un prestataire établi dans un autre État membre que s'il parvient à démontrer que cette mesure poursuit un objectif d'intérêt général et qu'elle est nécessaire et proportionnée pour atteindre cet objectif. Mais, à la différence des libertés de circulation consacrées dans le TFUE telles qu'interprétées par la Cour⁵⁴, les objectifs

⁵⁰ Directive 2000/31/CE, précitée, art. 3, § 4, sous b). Le paragraphe 6 précise qu'une fois que la mesure envisagée a été notifiée à la Commission européenne, celle-ci doit examiner dans les plus brefs délais sa compatibilité avec le droit de l'Union, et, le cas échéant, dans le cas où elle conclurait à une incompatibilité, exiger de l'État qu'il s'abstienne de l'adopter ou qu'il y mette un terme d'urgence.

⁵¹ Directive 2000/31/CE, précitée, art. 3, § 5.

⁵² Voy. en ce sens, C.J. (gde ch.), arrêt *Airbnb*, C-390/18, précité, pt 94.

⁵³ Directive 2000/31, précitée, art. 3, § 4, sous a).

⁵⁴ En particulier, en matière de libre circulation des marchandises, si l'article 36 du TFUE liste un nombre déterminé de motifs pouvant justifier une entrave, la Cour de justice a ouvert, de manière prétorienne, depuis son arrêt *Cassis de Dijon* (C.J.C.E., arrêt *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, affaire dite « *Cassis de Dijon* », 20 février 1979, 120/78, EU:C:1979:42), la possibilité d'invoquer des exigences impératives d'intérêt général non visées expressément dans cet article 36 pour justifier une entrave. On lit au point 8 de cet arrêt qu'une entrave à la libre circulation peut être justifiée dès lors qu'elle vise à « satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ». L'utilisation de l'adverbe « notamment » confirme que cette liste n'est pas exhaustive. Une partie de la doctrine relève toutefois que le régime de dérogation de l'article 36 et celui de la jurisprudence *Cassis de Dijon* ne sont pas identiques, les conditions du premier étant plus aisées à remplir que les conditions du second. Voy. sur ce point, P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 1215-1231.

d'intérêt général, que l'État de destination peut invoquer pour justifier une dérogation à la liberté de circulation des SSI posée par la clause de marché intérieur, sont identifiés de manière exhaustive⁵⁵. Or, à nouveau, la protection de l'environnement n'est pas citée parmi les objectifs d'intérêt général pouvant être soulevés pour justifier une dérogation.

Il pourrait certes être soutenu que la nécessité de protéger l'environnement serait indirectement contenue dans certains autres objectifs visés pour déroger à la clause de marché intérieur, par exemple, dans les objectifs de protection de la santé publique⁵⁶ ou encore de protection du consommateur. Néanmoins, on comprend de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux exigences impératives admises pour justifier une dérogation aux libertés de circulation du TFUE que ces trois objectifs ne se confondent pas. La Cour n'aurait pas estimé utile d'identifier, sinon, en plus des objectifs de protection de la santé publique et de la défense des consommateurs qu'elle a consacrés dès 1979 dans son arrêt de principe *Cassis de Dijon*⁵⁷, l'objectif distinct de la protection de l'environnement, ce qu'elle a pourtant fait en 1988 dans son arrêt *Bouteilles danoises*⁵⁸.

En conséquence, l'État membre de destination qui souhaiterait opposer à un prestataire de SSI établi dans un autre État une règle visant à réduire l'impact environnemental du service concerné ne pourra pas bénéficier de la possibilité de dérogation prévue. Il ne sera effectivement pas en mesure de remplir la condition substantielle imposée. En conséquence,

⁵⁵ Précisément, l'article 4, paragraphe 3, sous a), i), de la directive 2000/31 énumère les quatre raisons suivantes : (1) 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, (2) la protection de la santé publique, (3) la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales et (4) la protection des consommateurs, y compris des investisseurs.

⁵⁶ Dans une affaire concernant une mesure limitant l'importation d'électricité et posant la question de sa compatibilité avec la libre circulation des marchandises telle que consacrée à l'article 34 du TFUE, la Cour de justice a d'ailleurs rattaché, sans les confondre néanmoins, la nécessité de prendre en compte les enjeux environnementaux – en l'occurrence était visée la lutte contre le changement climatique – à des motifs relatifs à la protection de la santé et la vie des personnes. Voy. C.J.C.E., arrêt *PreussenElektra AG contre Schleswag AG, en présence de Windpark Reußenköge III GmbH et Land Schleswig-Holstein*, 13 mars 2001, C-379/98, EU:C:2001:160, pt 75 ; M. CLÉMENT, « Chapitre 4. - Marché intérieur », in *Droit européen de l'environnement*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 259, pt 14. Sur le lien intime entre les justifications fondées sur la protection de l'environnement et celles fondées sur la protection de la santé publique, voy. également P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4^e éd., op. cit., p. 1213.

⁵⁷ C.J.C.E., arrêt *Cassis de Dijon*, 120/78, précité, pt 8.

⁵⁸ C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, 20 septembre 1988, 302/86, EU:C:1988:421, affaire dite des « Bouteilles danoises », pt 9.

il ne pourra pas non plus enclencher le dialogue avec la Commission et l'État d'établissement organisé en vertu de la condition procédurale précédemment mentionnée. Un tel dialogue institutionnel pourrait pourtant s'avérer utile dans un domaine comme celui de la réduction des impacts environnementaux du numérique où aucune législation européenne transversale *ad hoc* n'est à ce jour, à notre connaissance, envisagée⁵⁹.

Il découle de ces développements un constat : les enjeux environnementaux n'ont pas été intégrés dans le mécanisme de la clause de marché intérieur de la directive 2000/31. Une telle absence d'intégration peut entraîner des conséquences concrètes nombreuses et notamment priver d'effet utile des exigences nationales pourtant ambitieuses et potentiellement efficaces pour qu'une réflexion à un niveau européen puisse être entamée et menée.

II. Les conséquences de l'absence d'intégration des enjeux environnementaux dans le principe de libre circulation des services de la société de l'information

10. L'exemple du parcours législatif de l'obligation française d'écoconception des sites web. L'exigence d'écoconception des sites web envisagée dans la proposition de loi du Sénat français, mentionnée en introduction, est emblématique de l'articulation rendue impossible par le jeu de la clause de marché intérieur entre une initiative nationale de ce type et le principe de libre circulation des SSI.

L'article 16 de la proposition de loi du Sénat envisageait, dans sa mouture initiale⁶⁰, de rendre l'écoconception obligatoire pour un certain nombre de sites web (notamment les services fournis par les personnes morales de droit public ou encore par les entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse un seuil déterminé). Un site est dit « écoconçu » lorsque la consommation de données lors du chargement des pages internet est volontairement limitée⁶¹. La proposition de loi du Sénat prévoyait, pour

⁵⁹ Sur cette réflexion voy. *infra*, pt 11.

⁶⁰ Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, Sénat (fr.), précitée, art. 16. Cette proposition de disposition a depuis lors été amendée en première lecture par l'Assemblée nationale. Sur cet amendement, voy. *infra*, même point.

⁶¹ Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable par la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique, Sénat (fr.), 2019-2020, n° 555, 24 juin 2020. L'écoconception des sites

cela, la définition par les autorités compétentes françaises d'un référentiel d'écoconception auquel ces sites auraient dû se conformer⁶².

La disposition ne distinguait pas selon que le prestataire proposant le site web était établi sur le sol français ou dans un autre État membre. Se serait alors posée la question du sort des sites proposés sur le territoire français par des prestataires établis dans d'autres États membres qui n'auraient pas respecté ce référentiel, n'étant pas, dans leurs États, contraints de s'y conformer. Une application stricte de cette obligation d'écoconception, telle qu'elle était prévue dans la proposition initiale du Sénat, aurait limité la libre circulation sur le territoire français de ces SSI (et par voie de conséquence leur accès pour les internautes établis en France). Ces SSI n'auraient en effet pas pu être proposés en France sans s'être au préalable conformés au référentiel d'écoconception français.

Toutefois, la clause de marché intérieur, dans sa rédaction actuelle, n'aurait en fait pas permis à l'autorité française d'exiger du prestataire de SSI établi dans un autre État membre, qu'il se conforme au référentiel d'écoconception français évoqué. En conséquence, l'application de la clause de marché intérieur aurait empêché la disposition française envisagée de produire pleinement ses effets. En effet, une grande partie (si ce n'est la majorité) des prestataires concernés ne sont pas établis sur le sol français, ils n'auraient donc pas dû avoir égard à cette obligation

peut avoir un impact pratique considérable. Par exemple, en 2011, la plateforme LinkedIn a procédé à la refonte de son architecture informatique et est parvenue à réduire son infrastructure de 30 serveurs à seulement 3 (et donc à diminuer d'autant l'énergie nécessaire pour alimenter ces serveurs), pour une performance identique voire améliorée. Sur cet exemple, voy. P. OZOUX, « Éco-conception logicielle : 10 fois moins de serveurs pour LinkedIn », *GreenIT.fr*, 17 janvier 2013. Voy. également le rapport d'information de la mission du Sénat qui cite un expert du GreenIT.fr, F. Bordage, selon qui la Deutsche Bahn aurait démontré « qu'il était possible de diviser par 1 350 la quantité de ressources informatiques nécessaires pour trouver l'horaire d'un train » (Rapport d'information de la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique, Sénat (fr.), précité, p. 49).

⁶² Dans la version proposée par le Sénat, il était prévu que ce référentiel soit fixé par décret en Conseil d'État et qu'il définisse des critères concernant notamment les règles relatives à l'ergonomie des services numériques ainsi qu'à l'affichage et à la lecture des contenus multimédias. Dans la version amendée adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, il est prévu que le rôle de définir le contenu de ce référentiel incombe à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et au Conseil supérieur de l'audiovisuel, en lien avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie. Les critères qui seront définis concerneront « notamment l'affichage et la lecture des contenus multimédias pour permettre de limiter le recours aux stratégies de captation de l'attention des utilisateurs des services numériques », l'ergonomie des sites n'étant plus expressément évoquée. Voy. le tableau des différentes modifications apportées à la proposition de loi, disponible sur <http://www.senat.fr/tableau-historique/ppl20-027.html>, consulté le 10 août 2021.

d'écoconception. En outre, l'application de la clause de marché intérieur aurait créé une situation problématique au détriment des prestataires français : ceux-ci auraient été placés dans une position particulière, et potentiellement discriminatoire, en ce qu'ils auraient dû se soumettre à davantage de contraintes que leurs concurrents étrangers pour proposer leurs services sur le sol français.

Une telle perspective n'a pas manqué d'attirer l'attention des parlementaires et du gouvernement français dans le cadre des discussions du texte en première lecture devant l'Assemblée nationale. Le gouvernement a d'ailleurs déposé un amendement visant à supprimer l'obligation d'écoconception envisagée. Pour le gouvernement, « la mise en œuvre de l'obligation prévue dans la version précédente de l'article constitue une règle technique au sens de la directive e-commerce. Le principe du pays d'origine s'applique donc et ne permettrait pas de rendre opposable ces obligations aux acteurs non établis en France. Or, les principaux sites générateurs de trafics sont rattachés à des acteurs étrangers. La mise en œuvre de cette obligation constituerait donc une distorsion de la concurrence en faveur des acteurs non établis en France, sans que cela ait un impact significatif sur les usages, car les principaux fournisseurs de contenu ne seraient pas impactés »⁶³.

Ledit amendement a été adopté par les députés de l'Assemblée nationale. L'article 16 ne contient donc plus d'obligation d'écoconception. Il se limite désormais à prévoir la définition d'un référentiel général d'écoconception par les autorités françaises compétentes⁶⁴, auquel les sites web pourront, sur une base volontaire, et non plus obligatoire, se conformer. La disposition est, nous semble-t-il, par-là, vidée de sa substance et de son ambition initiale.

11. Un principe de libre circulation des SSI incitant les États à minimiser *ab initio* les potentielles incompatibilités au risque de réduire les possibilités de discussions utiles à une harmonisation européenne future. Un tel parcours législatif est emblématique du risque que comporte la clause de marché intérieur, telle qu'elle est aujourd'hui rédigée, en ce qu'elle n'intègre pas les enjeux environnementaux et ne permet pas à l'État de destination de chercher à déroger à la clause de marché intérieur pour opposer une règle à un prestataire étranger de SSI qui viserait

⁶³ Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (fr.), Assemblée nationale, 2020-2021, n° 4196, Amendement déposé par le gouvernement le 7 juin 2021, n° 301.

⁶⁴ À savoir, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, en lien avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie.

à réduire l'impact environnemental de ce service. En l'espèce, le gouvernement français, percevant immédiatement la contradiction de la règle envisagée avec le principe de libre circulation des SSI, a préféré *ab initio* voir ladite contradiction supprimée et vider de sa substance par la même occasion la règle proposée, plutôt que de risquer que ladite règle soit discutée à un échelon européen.

La compatibilité d'une telle règle avec le principe de libre circulation des SSI aurait pu, pourtant, être discutée au stade de sa notification préalable à la Commission européenne en tant que « règle technique ». La notion de « règle technique » est d'ailleurs précisément évoquée par le gouvernement français dans l'amendement qu'il a déposé. En vertu de l'article 5 de la directive 2015/1535⁶⁵, il est effectivement imposé aux États membres de notifier, avant leur adoption, les projets de « règles techniques », à savoir les projets de textes qu'ils entendent prendre et qui pourraient avoir un impact sur le bon fonctionnement du marché intérieur et de la liberté de circulation des marchandises et services considérés, en ce compris les SSI. Le mécanisme mis en place est un mécanisme de transparence et de contrôle *a priori* des règles nationales visant à éviter l'adoption de nouvelles normes restrictives. Le projet de texte doit être notifié à la Commission européenne qui le met à la disposition de l'ensemble des autres États membres ainsi que du public via la base de données, accessible en ligne, TRIS (pour *Technical Regulation Information System*). L'État qui a notifié est alors contraint de respecter une période de *statu quo* par principe de trois mois avant d'adopter ladite règle, cette période devant permettre à la Commission, aux États membres et au public d'émettre, s'ils l'estiment nécessaire, des observations sur le projet en question.

Comme le gouvernement français l'a pressenti, l'obligation d'écoconception des sites, envisagée par le Sénat, aurait très probablement constitué une telle « règle technique » et aurait dû, à ce titre, être notifiée à la Commission avant son adoption. Mais, contrairement à ce que sous-tend l'amendement déposé par le gouvernement, une telle notification préalable n'a pas nécessairement pour but d'ouvrir un conflit direct avec la Commission européenne. La notification préalable des règles techniques imposée par la directive 2015/1535 est, au contraire, expressément présentée, dans la directive elle-même, notamment comme une occasion pour la Commission d'identifier, le cas échéant, les domaines dans lesquels des travaux appropriés d'harmonisation s'avèreraient nécessaires⁶⁶. En cela,

⁶⁵ 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'information, précitée.

⁶⁶ Directive 2015/1535, précitée, art. 3, § 3, sous c) et 5, § 1, al. 5.

les règles techniques notifiées peuvent constituer une source d'inspiration pour une harmonisation européenne future.

Par ailleurs, si la clause de marché intérieur permettait à l'État de destination du SSI de soulever comme objectif d'intérêt général la protection de l'environnement pour justifier qu'une mesure nationale soit opposée à un prestataire de SSI étranger, l'État français aurait pu, dans un cas d'espèce déterminé, chercher à entamer, à l'égard de l'obligation d'écoconception envisagée, le dialogue institutionnel avec la Commission et l'État d'établissement, impliqué par la condition procédurale de dérogation⁶⁷. Un tel dialogue institutionnel, s'il avait été permis par la clause de marché intérieur, aurait pu constituer une base efficace de réflexion inter-étatique et européenne sur la nécessité et la proportionnalité de ce type de règle.

L'obligation d'écoconception envisagée aurait pu enfin être discutée au stade d'un contentieux devant les juridictions nationales et, le cas échéant, devant la Cour de justice (contentieux qui aurait été initié par un prestataire étranger refusant, sur le fondement de la clause de marché intérieur, que cette règle lui soit opposée). Or, il n'est pas rare que les décisions de la Cour de justice constituent la base d'une législation européenne future.

Dans un domaine tel que la réduction des impacts environnementaux des technologies numériques qui, à l'heure actuelle, ne fait pas l'objet d'initiatives en vue d'une régulation ou d'une harmonisation *ad hoc* à un niveau européen, l'ensemble des échelons et outils permettant qu'une discussion soit entamée au niveau de l'Union – comme ceux précédemment évoqués – devraient être sollicités. De telles discussions avec la Commission européenne, ou devant les juridictions, seraient l'occasion d'identifier le cas échéant la nécessité d'une harmonisation européenne. Or, une telle harmonisation pourrait s'avérer utile tant pour limiter les impacts environnementaux des technologies numériques que pour réduire les risques de divergence entre les législations nationales à cet égard et donc garantir la libre circulation des SSI et par là même le bon fonctionnement du marché intérieur.

Repenser la clause de marché intérieur pour y intégrer les enjeux environnementaux paraît donc souhaitable.

⁶⁷ Sur ce dialogue institutionnel impliqué par la condition procédurale de dérogation à la clause de marché intérieur, voy. *supra*, pt 9.

III. L'intégration souhaitable des enjeux environnementaux dans le principe de libre circulation des services de la société de l'information

12. L'intégration de la protection de l'environnement nécessaire au maintien de la confiance mutuelle entre les États. La clause de marché intérieur repose sur une présomption⁶⁸ selon laquelle l'ensemble de la législation relevant du domaine coordonné (en ce compris les règles de protection de l'environnement) de l'État membre sur le territoire duquel le prestataire de SSI est établi est réputé équivalent à celui de l'État de destination. Ce dernier peut donc vouer une entière confiance en la législation de son homologue. Au regard d'exigences nationales ayant trait à l'environnement, une telle présomption s'avère même irréfragable dès lors qu'aucune dérogation en vue de protéger l'environnement n'est permise à l'État de destination.

Or, à ce jour, les législations nationales des États membres en matière de limitations des impacts environnementaux du numérique sont, au mieux, sporadiques, au pire, inexistantes. Que ce soit au niveau des États membres, outre la proposition de loi française évoquée *supra*, ou à un niveau européen, à notre connaissance, les initiatives à cet égard doivent encore être précisément définies.

Dans un tel contexte, l'interrogation inquiétante suivante se pose : dans une matière où l'équivalence des législations est pour le moins incertaine, quel est le fondement sur lequel repose l'obligation de confiance mutuelle imposée à l'État de destination ? La réflexion doit même être menée plus loin : la présomption d'équivalence des législations nationales sur laquelle repose la confiance mutuelle entre États (enclenchant le mécanisme de la clause de marché intérieur) devrait être renversée dans la mesure où, à notre connaissance, aucune initiative européenne *ad hoc* n'est amorcée sur le sujet et où, par conséquent, aucune coordination ni harmonisation entre les législations nationales n'est à ce jour même envisagée. La confiance mutuelle exigée par la clause de marché intérieur en matière de régulation des impacts environnementaux du numérique repose donc

⁶⁸ Pour l'auteure C. Rizcallah, « une analyse approfondie du principe de confiance mutuelle révèle qu'il peut être défini par les présomptions qu'il impose. En effet, l'obligation de confiance implique l'inférence d'un fait inconnu – le fait présumé, l'équivalence des ordres juridiques nationaux – d'un fait de base, en principe connu – le fondement de la confiance mutuelle » (C. RIZCALLAH, « La présomption, vice de l'ignorance ? L'avenir du principe de confiance mutuelle à l'heure de la crise des valeurs dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2020/9, p. 387).

sur une présomption irréfragable d'équivalence des législations – ou en d'autres termes un postulat – qui se révèle erronée.

Nous sommes, par conséquent, d'avis que la clause de marché intérieur doit être reformulée pour que les impacts environnementaux des technologies numériques y soient intégrés. Trois hypothèses de reformulation sont alors envisageables : (i) soit la protection de l'environnement est insérée parmi les matières exclues expressément de l'application de la clause de marché intérieur ; (ii) soit l'exigence ayant trait à la protection de l'environnement est ajoutée aux types d'exigences exclues du domaine coordonné de la clause de marché intérieur ; (iii) soit enfin la protection de l'environnement est inscrite parmi les objectifs d'intérêt général admis pour déroger à la clause de marché intérieur.

13. La cohérence d'une intégration des enjeux environnementaux avec l'objectif européen d'intégration inscrit dans le droit primaire. De manière générale, la refonte de la clause de marché intérieur pour y intégrer les enjeux environnementaux est suggérée par l'objectif européen dit « d'intégration ». Selon cet objectif, « les exigences de la protection de l'environnement devraient être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques [de l'Union] »⁶⁹.

Un tel objectif d'intégration a été constitutionnalisé dans les traités européens avec l'Acte Unique de 1986⁷⁰. Il est, désormais, énoncé à l'article 11 du TFUE dans les termes suivants : « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union [...] ». Il se retrouve également à l'article 37 de la Charte sur les droits fondamentaux selon lequel « un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union [...] ».

⁶⁹ H. DELZANGLES, « Conditionnalité environnementale et commande publique », in *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne* (F. FINES et H. DELZANGLES dir.), Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 106. Pour P. Thieffry, qui préfère toutefois se détacher de la notion de « principe d'intégration » (principe qu'il estime ambigu et ambivalent), à côté d'une législation visant spécifiquement à protéger l'environnement, « la prise en compte [des exigences environnementales] dans les autres politiques » constitue d'ailleurs « une démarche particulièrement efficace pour la protection de l'environnement », P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4^e éd., op. cit., pp. 103-104.

⁷⁰ Pour une description historique de l'insertion de l'objectif d'intégration dans les traités, voy. par exemple C.-M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration », in *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne* (F. FINES et H. DELZANGLES dir.), Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 23. Voy. également, S. KINGSTON, « Integrating environmental protection and EU competition law: why competition isn't special? », 16(6) *European Law Journal*, novembre 2010, pp. 783-785.

Il reste que la force contraignante du principe d'intégration tel qu'il est posé dans l'article 11 du TFUE et son influence concrète, en particulier dans le processus législatif européen, se révèlent selon certains auteurs encore très incertains⁷¹.

Une chose est certaine en toute hypothèse : un tel objectif d'intégration n'a pas guidé la rédaction de la clause de marché intérieur de la directive 2000/31.

14. La reformulation privilégiée de la clause de marché intérieur : l'intégration de la protection de l'environnement parmi les objectifs d'intérêt général pouvant être invoqués pour justifier une dérogation. Tant qu'aucune harmonisation européenne *ad hoc* n'est envisagée et déployée en vue de réguler les impacts environnementaux du numérique, il nous semble que la troisième option identifiée précédemment (celle de l'inscription de la protection de l'environnement parmi les objectifs d'intérêt général admis pour déroger à la clause de marché intérieur) soit l'option à privilégier. Elle permettrait, en effet, à la clause de marché intérieur de s'appliquer, et donc de garantir une liberté de circulation des SSI, tout en laissant aux États membres la possibilité d'y déroger en cas de nécessité justifiée par un objectif de protection de l'environnement (en lui permettant de renverser la présomption d'équivalence des législations nationales évoquée précédemment). En d'autres termes, elle garantirait que la recherche d'un équilibre entre liberté de circulation des SSI et protection de l'environnement puisse être menée et le cas échéant que cet équilibre puisse être ajusté en fonction de l'évolution éventuelle des législations nationales et européenne en cette matière.

Cette option de reformulation de la clause de marché intérieur serait d'ailleurs cohérente au regard de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux exigences impératives admises pour déroger aux libertés de circulation du TFUE. En effet, la Cour intègre, depuis la fin des années 1980, la protection de l'environnement comme « exigence impérative » ou « raison impérieuse d'intérêt général » susceptible d'être invoquée par

⁷¹ Voy. en ce sens P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 306-310. Pour une analyse du principe d'intégration tel que posé par l'article 11 du TFUE comme pouvant, au contraire, impliquer un devoir pour les décideurs politiques d'intégrer les exigences environnementales dans toutes les politiques de l'Union, voy. S. KINGSTON, « Integrating environmental protection and EU competition law: why competition isn't special? », *op. cit.*, pp. 783-791.

un État pour justifier une dérogation à une liberté de circulation des marchandises⁷² mais également des services^{73 74}.

Par ailleurs, la mise en œuvre de cette option semble parfaitement possible. À titre d'exemple, la directive 2006/123 relative aux services⁷⁵ (ci-après la « directive Services ») garantit également un principe de liberté de circulation, via un principe de libre prestation de service, qui interdit aux États membres de subordonner l'accès à une activité à des exigences qui sont propres à leur territoire⁷⁶.

Comme dans le cadre de la clause de marché intérieur de la directive 2000/31, il est, par dérogation, permis à l'État de destination d'imposer sa propre législation au prestataire à condition qu'il parvienne à justifier notamment qu'une telle législation est nécessaire et proportionnée pour atteindre un objectif d'intérêt général. Mais, à la différence de la clause de marché intérieur de la directive 2000/31, la directive Services⁷⁷ inclut expressément la protection de l'environnement parmi les objectifs pouvant justifier une telle dérogation. Le législateur indique d'ailleurs que, si elle vise la suppression des obstacles et la coordination des régimes législatifs nationaux, la directive Services doit tenir compte d'objectifs d'intérêt général définis parmi lesquels est citée la protection de l'environnement⁷⁸.

La directive Services pourrait donc constituer une source d'inspiration utile à une refonte de la clause de marché intérieur dans l'optique d'y intégrer les enjeux environnementaux.

⁷² C.J.C.E., arrêt *Bouteilles danoises*, 302/86, précité, pt 9.

⁷³ C.J., arrêt *Attanasio Group Srl c. Comune di Carbognano*, 11 mars 2010, C-384/08, EU:C:2010:133, pt 50.

⁷⁴ Pour une présentation de la reconnaissance par la Cour de justice de la protection de l'environnement comme objectif prioritaire dans le cadre de la mise en œuvre des politiques et libertés de l'Union puis comme exigence impérative pouvant limiter l'application des principes de libre circulation du Traité, voy. P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 1195-1198.

⁷⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, L 376, 27 décembre 2006.

⁷⁶ Directive 2006/123 sur les services, précitée, art. 16.

⁷⁷ Directive 2006/123 sur les services, précitée, art. 16.

⁷⁸ Directive 2006/123 sur les services, précitée, cons. 7.

Conclusion

15. L'objectif d'intégration des enjeux environnementaux comme outil pertinent en vue d'une mise en balance entre liberté de circulation des technologies numériques et protection de l'environnement. En l'état, la clause de marché intérieur de la directive 2000/31 fait primer le principe de libre circulation des SSI sur l'objectif de protection de l'environnement sans qu'aucune dérogation permettant la recherche d'un équilibre entre les deux ne puisse être envisagée. La politique européenne de construction du marché intérieur dans le cadre des SSI peut donc aller, en elle-même, à l'encontre de l'objectif de protection de l'environnement.

L'exemple ici mis en exergue est celui spécifique de la libre circulation des SSI. Mais il permet de déceler une interrogation plus globale : celle de la comptabilité des objectifs de construction du marché intérieur et de libre circulation des technologies numériques avec l'objectif de protection de l'environnement.

L'exemple développé dans la présente contribution permet d'identifier le processus d'intégration des objectifs environnementaux dans les politiques de l'Union ayant trait au numérique comme constituant l'outil pertinent à mettre en œuvre. Ce principe d'intégration est d'ores et déjà déployé dans d'autres politiques de l'Union⁷⁹. Il est désormais souhaitable de le déployer également au sein de la politique de construction du marché intérieur des technologies numériques tant dans l'adoption de nouveaux textes que dans l'éventuelle refonte de ceux actuellement en vigueur.

⁷⁹ On pourrait citer l'exemple de la commande publique. Voy. en ce sens, H. DELZANGLES, « Conditionnalité environnementale et commande publique », *op. cit.*, p. 106.