

N° 459960 – Société ContextLogic Inc.

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 6 juillet 2022

Lecture du 22 juillet 2022

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteur public

L’envolée des ventes sur internet, qui dépassent, en France, 100 milliards d’euros par an, n’est pas sans risques pour le consommateur. En 2019, les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ont enregistré 13 000 plaintes, dont près de la moitié portaient sur des pratiques frauduleuses. Des enquêtes ont été menées en 2020 sur les places de marché en ligne prisées des consommateurs français, parmi lesquelles « Wish », exploitée par la société californienne ContextLogic Inc. Sur l’échantillon de 150 produits commercialisés par cette plateforme qui ont été testés par le service, correspondant à des appareils électriques, des jouets et des bijoux, plus de 60 % se sont révélés non-conformes, voire dangereux.

En conséquence, le service a, le 25 mai 2021, dressé un procès-verbal d’infraction, correspondant au délit de tromperie sur la nature des marchandises vendues, les risques inhérents à l’utilisation des produits et les contrôles effectués. Après avoir invité la société à présenter ses observations, le service lui a enjoint, par courrier du 15 juillet 2021, de se conformer à ses obligations en cessant de tromper le consommateur. Ayant constaté, par un nouveau procès-verbal dressé le 16 novembre, que la société n’avait pas déféré à cette injonction, le service a, le 23 novembre 2021, saisi les exploitants de moteurs de recherche Google, Qwant et Microsoft et les exploitants de magasins d’applications Apple et Google, afin que ceux prennent, dans un délai de cinq jours, toutes mesures utiles destinées à faire cesser le référencement du site internet et de l’application en ligne Wish pour leurs utilisateurs domiciliés en France.

La société ContextLogic Inc. a saisi le tribunal administratif de Paris d’une demande d’annulation de cette décision, en assortissant son recours d’un référé-suspension. Le juge des référés du tribunal a refusé de faire droit à la demande de suspension et a, par ailleurs, rejeté la demande de la société tendant à ce que soit transmise au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l’article L. 521-3-1 du code de la consommation, qui autorisent l’autorité administrative à prononcer une mesure de déréférencement. La requérante vous demande d’annuler cette ordonnance et conteste, par ailleurs, le refus de transmission de sa QPC.

1. Commençons par l'examen de cette contestation, qui conformément à votre décision *Association La Sphinx* du 31 janvier 2022 (n° 451122, aux tables), doit être effectué au regard des critères classiques de l'article 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958.

1.1. L'article L. 521-3-1 du code de la consommation, en application duquel a été prononcée la mesure contestée et qui n'a jamais fait l'objet d'un examen par le Conseil constitutionnel, est issu de la loi du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière¹, qui a confié aux services de la DGCCRF de nouveaux pouvoirs afin de lutter plus efficacement contre la fraude en ligne.

Elle s'insère dans le cadre juridique défini à l'échelle de l'Union européenne par deux règlements, le règlement (UE) 2017/2394 du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et le règlement (UE) 2019/1020 du 20 juin 2019 portant sur la surveillance des marchés et la conformité des produits. Ces deux textes énumèrent, notamment, les compétences minimales que doivent détenir les autorités nationales chargées de la protection des consommateurs, afin de permettre de répondre aux défis posés par le contrôle de l'application de la législation européenne dans le cadre du commerce électronique (cons. 7 du règlement de 2017).

Selon l'article 9, paragraphe 4 sous g) du règlement de 2017, y figure le pouvoir d'ordonner à un hébergeur qu'il supprime, désactive ou restreigne l'accès à une interface en ligne, lorsqu'aucun autre moyen efficace n'est disponible pour faire cesser ou interdire l'infraction et afin de prévenir le risque de préjudice grave pour les intérêts collectifs des consommateurs. Un mécanisme similaire est prévu par l'article 14, paragraphe 4 sous k) du règlement de 2019, qui prévoit, pour sa part, l'exigence d'une injonction préalable au professionnel de retirer le contenu d'une interface en ligne mentionnant les produits concernés par un risque grave, la saisine de l'hébergeur étant subordonnée à la condition que cette injonction soit restée sans suite. L'un comme l'autre de ces règlements prévoit que les Etats-membres peuvent confier ces pouvoirs, soit directement aux autorités chargées de la protection des consommateurs, soit à d'autres autorités publiques, soit qu'ils procèdent par la voie d'une demande préalable aux juridictions compétentes.

Avant 2020, la DGCCRF ne disposait pas de pouvoirs d'injonction de retrait ou de blocage de contenus en ligne. Elle pouvait uniquement, en vertu de l'article L. 524-3 du code de la consommation, demander à l'autorité judiciaire de prescrire en référé ou sur requête aux hébergeurs ou fournisseurs d'accès toutes mesures proportionnées propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage causé par le contenu d'un service en ligne. La loi du 3 décembre 2020 dote l'autorité administrative de pouvoirs de police qu'elle peut mettre en œuvre de sa propre initiative.

L'article L. 521-3-1 du code de la consommation prévoit que ces pouvoirs peuvent être mis en œuvre en cas de constat d'une infraction ou d'un manquement aux règles relatives à la conformité et à la sécurité des produits à partir d'une interface en ligne², lorsque l'auteur de la

¹ Article 5 de la loi n° 2020-15.

pratique ne peut être identifié, ou lorsqu'il n'a pas déféré à une injonction de se conformer à ses obligations, prise sur le fondement de l'article L. 521-1. L'autorité administrative peut ordonner aux opérateurs d'afficher un message avertissant les consommateurs du risque de préjudice encouru lorsqu'ils accèdent au contenu manifestement illicite (1°). Lorsque l'infraction constatée est passible d'une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement et est de nature à porter une atteinte grave à la loyauté des transactions ou à l'intérêt des consommateurs, le 2° de l'article L. 521-3-1 permet, en sus, de notifier aux exploitants de moteurs de recherche les adresses des interfaces dont les contenus sont manifestement illicites afin de faire cesser leur référencement (a), de notifier aux fournisseurs d'accès à internet ou aux hébergeurs ces mêmes adresses afin qu'ils en limitent l'accès (b) ou d'ordonner aux opérateurs de registre ou aux bureaux d'enregistrement de domaines de prendre une mesure de blocage d'un nom de domaine d'une durée de trois mois renouvelable une fois et suivie, si l'infraction persiste, d'une mesure de suppression ou de transmission du nom de domaine à l'autorité compétente (c). Le même article prévoit que les mesures doivent être mises en œuvre dans un délai fixé par l'autorité administrative et qui ne peut être inférieur à quarante-huit heures.

En l'occurrence, la QPC est dirigée contre le a) du 2° de l'article L. 521-3-1 relatif à l'injonction de déréférencement, qui n'est pas la plus radicale des mesures de cet éventail de ripostes graduées. La requérante soutient que ces dispositions méconnaissent la liberté d'expression et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 ainsi que la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 4 de cette Déclaration.

1.2. Devant le juge des référés du tribunal, le ministre faisait valoir en défense que la disposition contestée est une simple déclinaison des règlements européens. Vous savez qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pas pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne (décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021). Et tant la liberté d'expression et de communication que la liberté d'entreprendre trouvent une protection équivalente dans le droit européen, aux articles 11 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018).

A l'image de la jurisprudence relative aux directives, plus fournie, l'analyse sur ce point nous semble devoir être guidée par l'existence, ou non, d'une marge de manœuvre du législateur national dans l'adaptation du droit français (8 juillet 2015, M. de P..., n° 390154, aux tables ; 14 septembre 2015, Société NotreFamille.com, n° 389806, aux tables). A cette aune, il ne fait guère de doute que le moyen en défense doit être écarté. Les règlements laissent, en effet, aux Etats-membres le soin de choisir entre l'octroi du pouvoir d'injonction de retrait ou de blocage des contenus directement à l'autorité administrative ou la saisine de l'autorité judiciaire à cette fin. Et le choix entre une mesure de police administrative ou une décision

² Définie comme « tout logiciel, y compris un site internet, une partie de site internet ou une application, exploité par un professionnel ou pour son compte et permettant aux utilisateurs finals d'accéder aux biens ou aux services qu'il propose ».

juridictionnelle n'offre, à l'évidence, pas les mêmes garanties pour les intéressés, ce qui laisse, à notre sens, un espace utile pour le contrôle de constitutionnalité. Par ailleurs, le règlement européen de 2017 ne s'applique qu'en cas d'infractions transfrontalières³ et celui de 2019, pour la vente des produits soumis à la législation d'harmonisation de l'Union dont il dresse la liste⁴. Par contraste, l'article L. 521-3-1 du code de la consommation s'applique également aux ventes purement nationales, ce qui laisse, à notre sens, également la place au contrôle de constitutionnalité⁵.

1.3. La société requérante soutient que la disposition contestée porte atteinte à la liberté d'expression et de communication tant de la plateforme de marché, qui serait privée d'existence numérique, que de celle de ses utilisateurs, dont les avis sur les produits vendus seraient censurés.

L'argumentation est inexacte, dans la mesure où une mesure de déréférencement ne bloque pas l'accès des internautes à la plateforme de marché, qui reste accessible à son adresse habituelle, mais supprime simplement les liens des listes de résultats des moteurs de recherche et des magasins d'applications. Il n'en demeure pas moins que le déréférencement d'un site internet s'analyse bien comme une entrave, compte tenu de ses répercussions – massives - sur la faculté des internautes potentiellement intéressés à y accéder et c'est, d'ailleurs, en ce sens, que la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée, dans son arrêt *Google Spain* (13 mai 2014, C-131-12), pour l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que vous-mêmes, sous l'angle de l'article 10 de la Convention EDH, dans votre décision *Association French Data Network* du 15 février 2016 (n° 389140, 389896, inédit).

Selon le considérant de principe du Conseil constitutionnel, qui n'a eu l'occasion, jusqu'à présent, que de se prononcer sur des mesures de blocage, et non de déréférencement, « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer* » (décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020).

N'est pas ici en cause un service de communication participant à l'expression d'idées ou d'opinions, mais une place de marché, c'est-à-dire, pour reprendre l'analogie développée par la requérante, l'équivalent virtuel d'une halle de marché physique, où vendeurs et acheteurs se rencontrent pour effectuer des transactions commerciales. Alors qu'il semblerait incongru de critiquer une mesure de fermeture administrative d'un marché « en dur » sur le terrain de la liberté d'expression, il nous paraît, à titre personnel, plus naturel de critiquer une injonction de déréférencement ou de blocage d'un site de commerce électronique sous l'angle de la liberté d'entreprendre. La mesure s'analyse en effet, pour les vendeurs et pour l'opérateur de la

³ Article 2, paragraphe 3 et article 3, paragraphe 2.

⁴ Article 2, paragraphe 1.

⁵ Même si, s'agissant de commerce en ligne, on peut penser que les transactions pourront, en principe, être effectuées par des consommateurs établis dans d'autres États-membres de l'Union européenne.

plateforme, comme une restriction d'accès au marché, et, pour les consommateurs, comme une restriction d'accès à un mode d'achat. Reste que la mesure comporte, aussi, des restrictions en matière de communication commerciale et de diffusion des avis des consommateurs et c'est pourquoi le grief est opérant même s'il convient, à notre sens, de garder à l'esprit la nature de l'activité en cause pour apprécier la gravité de l'atteinte⁶.

On sait que la liberté d'expression et de communication n'est pas absolue et que le législateur peut instituer des dispositions destinées à en faire cesser des abus de qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers, à condition que ces atteintes soient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020). En l'occurrence, la mesure en cause est justifiée par l'objectif d'intérêt général de lutte contre la fraude en ligne et de protection des intérêts des consommateurs. Reste à en apprécier la proportionnalité.

Est d'abord critiquée, sous cet angle, l'absence d'intervention préalable de l'autorité judiciaire. Mais celle-ci ne s'impose pas. Le Conseil constitutionnel distingue, en effet, entre le blocage de l'accès à Internet de l'abonné et le blocage de contenus illicites. Il a jugé que le législateur ne pouvait confier à une autorité administrative, en l'occurrence la HADOPI, le pouvoir de restreindre ou d'empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement dans le but de protéger les titulaires de droits d'auteur (décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009). En revanche, il a exclu la nécessité d'un recours préalable au juge s'agissant des mesures de blocage de sites diffusant des images de pornographie infantile, en rappelant que la décision administrative est susceptible d'être déférée à tout moment devant la juridiction compétente (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011).

Certes, l'objectif de lutte contre l'exploitation sexuelle des mineurs est particulièrement impérieux. Mais l'objectif de protection des intérêts des consommateurs n'est pas un objectif mineur, étant rappelé qu'est en cause ici la vente de produits dangereux pour la santé et la sécurité. Il s'agit de protéger les utilisateurs eux-mêmes, sans leur interdire l'accès à internet, mais uniquement à un site déterminé en raison d'une infraction commise sur celui-ci. Et le législateur a subordonné la mise en œuvre d'une telle mesure à la gravité des risques encourus, puisqu'il faut que soit observée, d'une part, une infraction passible d'une peine d'au moins deux ans de prison et, d'autre part, une atteinte grave à la loyauté des transactions et à l'intérêt des consommateurs.

En outre, à la différence du précédent relatif à la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, cons. 7), la détermination du caractère illicite des contenus faisant l'objet des mesures en cause n'est pas soumise à la seule

⁶ A l'inverse d'autres modes d'expression, le Conseil constitutionnel a refusé de regarder les messages de nature commerciale, telle que les publicités, comme une condition de la démocratie et du respect des autres droits et libertés (décision n° 2012-282 QPC du 23 octobre 2012 ; v. sur la distinction avec d'autres types de contenus, le commentaire de cette décision, p. 20).

Mais le Conseil constitutionnel a ensuite rangé les échanges d'informations entre les utilisateurs de dispositifs d'aide à la conduite ou à la navigation par géolocalisation parmi les informations protégées par l'article 11 de la Déclaration de 1789, bien qu'elles ne portent que sur des données techniques, en reprenant, dans cette décision, le considérant de principe cité supra (décision n° 2021-948 QPC du 24 novembre 2021).

appréciation de l'administration, celui-ci devant présenter un caractère « manifeste ». Le législateur a, par ailleurs, ménagé à l'opérateur la faculté d'exercer un recours devant le juge administratif à tous les stades de la procédure. Celui-ci peut contester l'injonction administrative préalable prise sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA et, ensuite, la mesure prise sur le fondement de l'article L. 521-3-1, le délai de 48 heures minimum entre la notification de la mesure et sa mise en œuvre par les exploitants de moteurs de recherche et de magasins d'application ayant été conçu pour ménager aux intéressés la faculté de présenter un référé-liberté auprès du tribunal administratif.

La société requérante soutient, également, que l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication n'est pas remplie dès lors l'administration disposerait de moyens moins attentatoires aux libertés pour protéger les consommateurs par le biais d'une saisine en référé de l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article L. 524-3 du code de la consommation, du prononcé de sanctions pécuniaires sur le fondement des articles L. 522-1 et s. du même code, ou encore, du signalement systématique à la plateforme des produits regardés comme dangereux afin que l'opérateur en effectue le retrait.

La configuration de l'espèce ne nous semble toutefois guère comparable à celle du précédent relatif au délit de consultation habituelle de sites internet terroristes (décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017), invoqué par le pourvoi. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel avait constaté que les autorités administratives comme judiciaires disposaient déjà, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives pour contrôler les services de communication en ligne provoquant au terrorisme, mais aussi pour surveiller une personne consultant de tels sites et la sanctionner en cas d'intention terroriste alors, par ailleurs, que la portée de l'exemption de la consultation de « bonne foi » n'avait pas été précisément définie. En l'occurrence, si l'autorité administrative disposait déjà, avant 2020, de certains outils permettant de lutter contre la fraude en ligne, l'attribution de pouvoirs de police administrative pour obtenir le retrait ou le blocage d'un site permettait, à l'évidence, de compléter utilement cette panoplie pour permettre à l'autorité compétente d'agir rapidement afin de faire cesser un risque grave pour les consommateurs face à un opérateur récalcitrant. Les travaux préparatoires justifient la disposition contestée pour des raisons d'efficacité de l'action publique et le Parlement a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, estimer que la mise en œuvre de pouvoirs de police administrative viendrait utilement compléter la faculté de saisir la juridiction judiciaire.

Reste, enfin, la critique relative à la portée excessive de la mesure, la requérante faisant valoir, d'une part, que le législateur n'a pas repris la condition tenant à l'absence d'autre moyen efficace pour faire cesser l'infraction concernée, pourtant prévue par le texte initial du projet de loi, et, d'autre part, qu'une mesure de déréférencement porte sur l'intégralité de l'interface, et non sur les seuls contenus manifestement illicites. La lecture des débats parlementaires montre que le législateur n'a pas eu l'intention de supprimer la condition d'absence de moyen alternatif moins restrictif, celle-ci découlant, implicitement à yeux, de la construction du dispositif de réponse graduée, qui suppose que l'opérateur concerné n'ait pas répondu à une injonction administrative préalable de faire cesser l'infraction et qui réserve, par ailleurs, les mesures de déréférencement ou de blocage aux pratiques les plus graves, assorties d'un risque de préjudice sérieux pour le consommateur⁷. Cette exigence découlant, pour les infractions

transfrontalières, directement du règlement européen de 2019, et l'intention du législateur étant sans ambiguïté à ce sujet, nous ne verrions que des avantages à ce que vous précisiez clairement, dans votre décision, que la notification du déréférencement de l'adresse d'une interface en ligne constitue une mesure « de dernier recours », qui apparaît bien comme une garantie de la proportionnalité du dispositif – tout autant d'ailleurs, sous l'angle de la liberté d'entreprendre.

Les notifications de restriction d'accès n'ont, à notre sens, pas vocation à être appliquées en présence d'une infraction de nature ponctuelle, qui n'entacherait qu'une ou quelques pages seulement d'un site en ligne, et auxquelles l'administration pourrait remédier en enjoignant à l'opérateur, ou, en cas d'inaction, à l'hébergeur du contenu, de supprimer les pages concernées ou encore, en imposant l'affichage d'un message d'avertissement avant l'accès aux pages litigieuses. La protection des consommateurs peut, toutefois, justifier le déréférencement ou le blocage d'un site entier. Pour reprendre les exemples cités dans les travaux préparatoires de la loi de 2020, tel est le cas, par exemple de faux sites cherchant à collecter des données personnelles ou encore de pharmacies en ligne commercialisant des équipements de protection ou des tests de dépistage avec une très forte probabilité de non-livraison⁸.

On relèvera, enfin, au titre des garanties qui participent au caractère proportionné de la disposition contestée la circonstance, commune à l'ensemble des mesures de police administrative, que la restriction prend fin avec la mise en conformité du professionnel à ses obligations.

Vous l'aurez compris, nous ne pensons pas que ce premier grief justifie la transmission de la QPC soulevée au Conseil constitutionnel.

1.4. Nous pensons que tel n'est pas davantage le cas du grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre des opérateurs de places de marché, qui ne fait pas l'objet d'une argumentation distincte par rapport au précédent. L'analyse, sur ce point, ne nous semble pas devoir différer de celle d'une mesure de police classique tendant à ordonner la fermeture administrative provisoire d'une halle de marché ou d'un magasin physique où les normes sanitaires ou de sécurité ne seraient pas respectées, étant précisé que l'effet d'un déréférencement est moins restrictif, dans la mesure où il ne s'apparente pas comme une obligation de baisser le rideau, mais comme la suppression des panneaux indicateurs et de l'adresse du site dans l'annuaire. L'objectif de protection des consommateurs justifie l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre et l'ensemble des garanties dont le législateur a entouré la mise en œuvre du dispositif, que nous avons détaillées à l'instant, nous semble suffisante pour en assurer la proportionnalité, étant rappelé que le Conseil constitutionnel ne se livre qu'à un contrôle de la disproportion manifeste lorsqu'est en cause la protection de la santé, et qu'il nous semble, logiquement, devoir en aller de même s'agissant de la protection de la sécurité du consommateur.

⁷ Sénat, compte-rendu des débats sur l'article 5 du projet de loi, séance du 8 juillet 2020.

⁸ Rapport n° 3382 de V. Faure-Muntian au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, p. 41 et s.

Si nous sommes donc d'avis que la QPC soulevée ne présente pas de caractère sérieux, vous pourriez toutefois estimer opportun de la transmettre, compte tenu du caractère inédit, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de l'appréciation de la proportionnalité de mesures de restriction d'accès à des sites de commerce électronique.

2. Poursuivons par l'examen du pourvoi.

Précisons, à titre préalable, que le juge des référés du tribunal administratif de Paris a estimé qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question, controversée entre les parties, quant au point de savoir si la société ContextLogic Inc. est un distributeur au sens de l'article L. 421-1 du code de la consommation⁹, tenu, à l'instar des producteurs, de prendre toutes mesures utiles pour contribuer au respect des obligations de sécurité des produits vendus¹⁰, ou un simple hébergeur, au sens de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique¹¹, dont la responsabilité ne peut être engagée à raison des contenus qu'il stocke à la demande des destinataires des services d'hébergement s'il n'avait pas connaissance de leur caractère illicite ou s'il a agi promptement pour les retirer dès le moment où ils en a eu connaissance¹².

Vous pourrez, vous aussi, réserver cette question.

La mesure de déréférencement est fondée sur le constat d'un délit de tromperie, défini par l'article L. 441-1 du code de la consommation comme le fait pour « toute personne », partie ou non au contrat, de tromper ou tenter de tromper le contractant sur diverses caractéristiques de la marchandise, qui comprennent, notamment, la nature, les qualités substantielles, les risques inhérents à l'utilisation des produits vendus et les contrôles effectués. Ce délit peut donc être le fait de l'opérateur d'une place de marché en ligne, comme la requérante, sans qu'il soit besoin qu'elle soit aussi regardée comme le distributeur des produits commercialisés sur sa plateforme.

Le procès-verbal d'infraction du 25 mai 2021, qui a justifié le prononcé de l'injonction de mise en conformité préalable, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de la consommation, dresse le constat d'une offre de produits en majorité non conformes et dangereux parmi l'échantillon testé par les enquêteurs. Il constate que la page de présentation de l'application Wish promet à l'utilisateur des produits « de même qualité qu'en magasin » et enjoint ce dernier à acheter « en toute confiance », dès lors que sa sécurité et sa protection sont prises « très au sérieux » par la plateforme. Sont également relevées des mentions tendant à faire croire au consommateur que les produits commercialisés sont contrôlés, via la présence d'un badge « vérifié par les utilisateurs Wish : ce produit est constamment bien noté par nos utilisateurs », en dépit de l'absence de lien entre la notation d'un produit et sa qualité réelle.

⁹ Qui fait écho à la définition de l'article 3 du règlement 2019/1020.

¹⁰ Article L. 421-4 du code de la consommation.

¹¹ Et de l'article 14 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

¹² On relèvera que la réglementation européenne, qui date du début des années 2000s et n'est plus adaptée au développement des places de marché, devrait prochainement évoluer, Parlement européen et Conseil étant parvenus, en avril dernier, à un accord politique pour renforcer les obligations de transparence et de contrôle de ces plateformes.

Étaient enfin relevées des carences dans l'identification, le suivi et le rappel des produits non conformes et dangereux, le consommateur n'étant, en particulier, pas informé de la nature du danger encouru du fait de l'utilisation du produit acheté.

Le procès-verbal dressé le 16 novembre 2021, sur lequel se fonde la mesure de déréférencement, constate l'absence de cessation des pratiques relevées en mai. Il mentionne la persistance à la vente de produits similaires aux produits dangereux précédemment signalés, ainsi que le maintien des allégations relatives à une qualité des produits vendus similaire à celle offerte en magasin et de l'affichage du badge tendant à faire croire que cette qualité est vérifiée par les utilisateurs de la plateforme.

Pour le dire prosaïquement, la caractérisation de la tromperie ne résulte pas, en l'espèce, du défaut de contrôle par la requérante de la conformité des produits des vendeurs opérant sur sa plateforme, mais de l'annonce aux consommateurs que leurs achats y sont aussi sûrs que s'ils se rendaient au Bon marché en dépit de la présence avérée et massive de produits dangereux.

2.1. La requérante soutient, en premier lieu, que l'auteur de l'ordonnance a méconnu le champ d'application de la loi en jugeant, implicitement, que la pratique retenue à son encontre entrait dans le champ d'application de l'article L. 521-3-1 du code de la consommation, qui vise les seules infractions aux règles relatives à la conformité et la sécurité des produits, alors qu'il lui était reproché une tromperie sur la « nature » des marchandises vendues.

Si l'argumentation est nouvelle en cassation, vous contrôlez, sous l'angle de l'erreur de droit, si le juge des référés qui a rejeté une demande de suspension a omis de soulever d'office un moyen d'ordre public qui résultait des pièces du dossier soumis à son appréciation (Sect. 16 mai 2001, Epoux Duffaut, n° 230631, au rec., s'agissant d'un moyen d'incompétence). Vous pourrez écarter ce moyen, qui nous semble jouer sur les mots, dès lors que la décision en litige, qui est motivée par référence au procès-verbal du 16 novembre 2021, se fonde, on l'a vu, sur le discours trompeur de la société quant à la conformité et à la sécurité des produits vendus sur sa plate-forme, ce qui entre bien dans le champ d'application de l'article L. 521-3-1 du code de la consommation.

2.2. En deuxième lieu, la société requérante reproche à l'auteur de l'ordonnance d'avoir commis une erreur de droit et dénaturé les faits en jugeant que n'était pas de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaqué le moyen tiré de ce que le délit de tromperie n'était pas caractérisé, *a fortiori* de façon manifeste.

Sous couvert d'erreur de droit, la requérante critique, pour l'essentiel, l'appréciation portée par le juge des référés quant à la caractérisation des éléments constitutifs de l'infraction au regard des faits relevés par le procès-verbal d'infraction.

Si la société soutient que la mention qu'un produit est « de qualité » ne saurait caractériser l'existence d'une tromperie, s'agissant d'une appréciation purement subjective, l'argument est, à l'évidence, infondé, dans la mesure où sont en cause, au cas d'espèce, des produits objectivement non conformes aux normes réglementaires qui leur sont applicables. Quant à l'argument tiré de ce que le badge « vérifié par les utilisateurs Wish » ne refléterait que

l'opinion subjective des utilisateurs de la plateforme, il n'est pas décisif dans le cas d'une plateforme qui, comme en l'espèce, se réserve le droit d'opérer un filtrage des avis qui lui sont soumis et de supprimer, par exemple, toute photo d'un produit défectueux publiée par un consommateur.

Soulignons, également, que l'allégation selon laquelle les produits vendus sur la plateforme Wish seraient « de même qualité qu'en magasin » est grossièrement erronée. Selon les indications du procès-verbal d'infraction, la proportion de produits non-conformes et dangereux des jouets et produits électriques testés est trois fois plus élevée que celle observée dans les magasins traditionnels en 2020, alors même que l'échantillon a été sélectionné de manière aléatoire par les agents de la DGCCRF, à la différence des produits testés dans les magasins physiques, sélectionnés visuellement par les enquêteurs à raison de caractéristiques suspectes.

S'agissant de l'élément intentionnel de la tromperie, le juge des référés a pu se fonder sur les éléments produits par l'administration, qui attestaient de la parfaite connaissance que la société avait de la non-conformité d'un nombre élevé de produits mis en vente sur sa plateforme. Quant au caractère manifeste de la tromperie, nous ne décelons, là encore, aucune dénaturation compte tenu du caractère massif, et connu, de ce défaut de conformité.

2.3. Il est soutenu, en troisième lieu, que le juge des référés a dénaturé les faits en écartant le moyen tiré du caractère disproportionné d'une mesure de déréférencement au regard de la gravité de l'infraction commise. Reprenant l'argumentation déjà développée au soutien de sa QPC, la requérante soutient que l'administration aurait pu, en l'occurrence, se contenter de mesures moins restrictives, telle qu'une demande de retrait des contenus illicites ou l'obligation d'afficher un message d'avertissement à destination des utilisateurs.

Nous nous séparons du pourvoi en tant que celui-ci soutient que, faute d'obligation lui incombant de surveillance des produits échangés sur sa plateforme, les faits retenus par le juge des référés, fondés sur la seule diffusion d'allégations de qualité et de contrôle inexacts, seraient véniels. Il faut ici rappeler que le risque élevé pour la sécurité du consommateur était, de toute évidence, caractérisé, dès lors que plus d'un produit sur six de l'échantillon testé s'était révélé non conforme, avec la présence de métaux lourds dans plus de 60% des bijoux vendus, des risques de choc électrique pour plus de 90% des produits électroniques, des risques de suffocation pour une majorité de jouets testés ou encore la présence de produits cancérigènes dans une quantité non négligeable de jouets et 30% des tétines vendues. La diffusion de messages faussement rassurants à l'attention du consommateur nous semble, dans un tel contexte, inadmissible.

S'agissant, par ailleurs, de l'absence d'alternative moins restrictive, nous relèverons que la mesure contestée a été prise au vu de la persistance de l'infraction en dépit d'une injonction de mise en conformité préalable. Par ailleurs, une mesure qui aurait ciblé les seules pages identifiées par l'administration comme comportant un contenu illicite dans les procès-verbaux de mai et novembre 2021 n'aurait, à notre sens, pas permis de protéger efficacement les consommateurs contre les risques graves encourus dès lors que les enquêteurs avaient constaté que des produits identiques aux produits dangereux signalés étaient proposés à la

vente sur d'autres pages de la plateforme – résultat qui ne saurait entièrement surprendre compte tenu de l'absence totale de surveillance des marchandises vendues revendiquée par la requérante. Et nous ne sommes, par ailleurs, pas certaine que la requérante se serait satisfaite d'un avertissement à afficher sur l'intégralité des pages de son interface pour informer les utilisateurs du taux de non-conformité et de dangerosité des produits révélé par l'enquête de la DGCRRF, qui aurait eu un effet plus dévastateur encore, vis-à-vis de sa clientèle existante, qu'une mesure de déréférencement.

2.4. En quatrième lieu, la requérante soutient que le juge des référés a méconnu son office et commis une erreur de droit en refusant de tenir compte du fait qu'elle avait déféré aux demandes de l'administration postérieurement à la décision contestée. Elle vous invite à faire évoluer l'office du juge du référé-suspension de manière à lui permettre d'apprécier si une mesure de police demeure justifiée, compte tenu des éléments intervenus postérieurement à son édicton.

L'on peut se demander si le référé est le candidat idéal pour une nouvelle évolution de l'office du juge au regard des effets de l'écoulement du temps sur la légalité de la décision administrative. En effet le juge des référés est généralement saisi dans la foulée de l'édiction de la décision de sorte qu'il y a peu de chances que puissent être constatés des changements décisifs. Mais les circonstances de fait peuvent évoluer rapidement, notamment lorsqu'est en cause, comme en l'espèce, le non-respect d'une injonction, de sorte qu'une telle évolution présenterait une réelle utilité du point de vue du justiciable.

Au rang des objections figure la circonstance que l'impératif de célérité propre au référé peut gêner le déroulement du débat contradictoire et la capacité du juge à apprécier de manière pleinement éclairée les conséquences à tirer de circonstances nouvelles invoquées par le requérant. S'agissant d'une mesure de police du type de celle en litige, lorsque le requérant prétend s'être mis en conformité *a posteriori*, il peut y avoir du sens, compte tenu de l'ampleur des obligations en cause et/ou des risques encourus par des tiers, à le renvoyer devant l'administration pour donner à celle-ci la possibilité d'effectuer toute vérification utile, en mettant en œuvre si besoin, les pouvoirs de contrôle dont elle dispose.

Si vous estimiez souhaitable d'introduire une dose d'appréciation dynamique de la légalité dans l'office du juge des référés saisi d'une mesure de police, il conviendrait, à notre sens, parallèlement, d'admettre que puissent être présentées des conclusions à fin d'abrogation dans le cadre du recours en excès de pouvoir au fond. En effet, la suspension en référé de l'exécution d'une mesure de police, justifiée par l'apparition de circonstances nouvelles depuis son édicton, n'aurait pas de sens si elle devait prendre fin avec le rejet au fond des conclusions d'annulation du fait que le juge de l'excès de pouvoir devrait classiquement, pour sa part, borner son examen à la légalité de cette mesure à la date à laquelle elle a été prise.

Une telle évolution s'inscrirait, dans une certaine mesure, dans la logique du précédent *Stassen* (28 février 2020, n° 433886, au rec.), ballon d'essai circonscrit aux mesures de suspension d'un sportif à titre conservatoire. Vous vous êtes, toutefois, gardés de procéder à un basculement général, à l'occasion de votre décision de Section *Association des avocats ELENA France* (19 novembre 2021, n°s 437141 et 437142, au rec.), en réservant, à ce stade,

l'application de l'office en deux temps consacré par cette décision aux recours dirigés contre des actes réglementaires.

Nous ne pensons pas que le présent dossier vous offre la bonne occasion de vous prononcer, en toute connaissance de cause, quant à l'opportunité d'une nouvelle évolution. En effet, après avoir relevé que la légalité d'une mesure de police administrative s'apprécie à la date à laquelle elle a été prise, le juge des référés du tribunal a jugé qu'en tout état de cause, la requérante n'établissait pas avoir déféré, postérieurement, à l'injonction de l'administration. Le moyen soulevé, quand bien même vous l'estimeriez opérant, manque donc en fait. Il ne peut, par ailleurs, pas être reproché au juge des référés d'avoir dénaturé les faits ou inversé la charge de la preuve en se prononçant de la sorte, alors que les procès-verbaux d'huissiers versés au dossier ne permettaient d'attester que de la suppression de certaines pages de vente de produits non conformes – dont l'administration indiquait, d'ailleurs, qu'ils étaient toujours proposés sur d'autres pages du site - mais ne permettaient pas de justifier que la société avait mis fin, plus généralement, à sa politique d'allégations trompeuses quant à la qualité des produits vendus sur l'ensemble de son site.

Si vous nous suivez, vous rejetterez donc le pourvoi.
PCMNC au rejet du pourvoi.