

N° 453763 Coyotte system

N°s 461193 et 461195 SOCIETE WEBGROUP CZECH REPUBLIC ET AUTRE

4^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 7 février 2024

Décision du 6 mars 2024

CONCLUSIONS

M. Maxime BOUTRON, Rapporteur public

1. Les différentes affaires qui ont été appelées posent une question commune sur l'étendue de la **notion de domaine coordonné** au sens de la **directive** dite **e-commerce** 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. Il s'agit de s'interroger, dans un monde où les services électroniques créent de la valeur, et le cas échéant des dommages non pas dans leur Etat d'origine, là où ils sont établis, mais dans le pays de destination, ce qui a abouti à l'extension du principe du pays de destination, par exemple en matière audiovisuelle ou fiscale, sur la portée de la récente interprétation de la Cour de justice s'agissant de la désormais relativement ancienne directive e-commerce.

2. Dans les faits, sous les numéros 461193 et 461195, la société Webgroup Czech Republic et la société NKL Associates s.r.o dont les sièges sociaux sont à Prague, exploitantes des sites à caractère pornographique Xnxx et Xvidéos vous demandent d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2021-1306 du 7 octobre 2021 relatif aux modalités de mise en œuvre des mesures visant à **protéger** les **mineurs** contre l'**accès** à des **sites** diffusant un **contenu pornographique**. L'article 227-24 du code pénal interdit **de manière générale** (et nous reviendrons sur ce point) « *le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message* », « *lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.* ». La loi n° 2020-939 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales a renforcé le dispositif, suivant deux axes. Son **article 22** est venu compléter l'article 227-24 du code pénal pour préciser dans un dernier alinéa que les infractions qu'il

prévoit : « *sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans* ». L'**article 23** renforce l'effectivité des dispositions avec un dispositif, nouveau, confiant au président de l'Arcom, face à un éditeur de service de communication au public en ligne qui permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de

l'article 227-24 du code pénal, des pouvoirs de **mise en demeure** de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé sous 15 jours et la faculté, en cas d'inexécution, de saisir le président du tribunal judiciaire de Paris pour obtenir la fermeture de l'accès au service ou son déréférencement.

3. Les sociétés ont fait l'objet de mises en demeure de l'ARCOM. Par vos décisions n° 459941 et 459942 du 29 novembre 2022 (5/6 chr), vous avez rejeté les requêtes dirigées contre les mises en demeure comme portées devant un ordre de juridiction incompétent. Le 7 juillet 2023, le tribunal judiciaire de Paris a décidé de surseoir à statuer en attendant votre décision sur les recours pour excès de pouvoir. Entre temps, le paysage législatif est en mouvement sur ce sujet d'importance majeure (nous rappelons les études sur les conséquences à long terme des images pornographiques sur les enfants et l'étude de l'Arcom de mai 2023 relevant que plus de la moitié des enfants garçons de 12 ans en visionnent chaque mois) à travers le **projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique** (dit « SREN ») en cours d'examen qui comporte un titre « Protection des mineurs en ligne » lequel confie à l'Arcom le soin de « *veiller à ce que les contenus pornographiques mis à disposition du public par un service de communication au public en ligne ne puissent pas être accessibles aux mineurs* » en élaborant un référentiel déterminant les exigences techniques auxquelles doivent répondre les systèmes de vérification de l'âge. Il permet aussi à l'Arcom, après une MED infructueuse, de décider en lieu et place du TJ de Paris de bloquer l'accès au service en ligne en saisissant les FAI d'une demande à cette fin.

4. Sous les numéros 453763, la société Coyote System vous demande d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2021-468 du 19 avril 2021 portant application de l'article L. 130-11 du code de la route¹. Ce dernier crée un mécanisme – apparemment sans équivalent à l'étranger, permettant à l'autorité administrative d'interdire aux exploitants des services d'aide à la navigation (type Coyote, Waze etc.) de rediffuser, pendant une période et dans un périmètre géographique donné, les messages de leurs utilisateurs susceptibles de permettre de localiser les contrôles d'alcoolémie et de stupéfiants et certaines opérations de police judiciaire. Dans la première série d'affaires, est en jeu la **protection des mineurs** contre les contenus pornographiques et leurs impacts à long terme. Dans la seconde, la protection de la **sécurité routière**.

5. La directive commerce électronique 2000/31/CE définit son « domaine coordonné » à l'article 2, pour lequel la compétence est celle de l'Etat d'origine et prévoit des exceptions de compétence au profit des Etats membres de destination à son article 3, notamment pour l'ordre public (cette interprétation est confirmée par les considérants 6, 7, 10 et 22 de ladite directive). Nous allons y revenir longuement car les requêtes se fondent sur ces dispositions pour dénier à la France le droit de réglementer comme pays de destination les activités des plateformes établies dans d'autres Etats membres.

6. Avant cela, vous devrez écarter plusieurs moyens sous chaque numéro.

I. Moyens spécifiques aux recours n°461193 et 461195 SOCIETE WEBGROUP CZECH REPUBLIC ET AUTRE

¹ Dans la décision n° 2021-948 QPC du 24 novembre 2021, le CC a annulé les dispositions limitant au réseau national la préservation de la possibilité d'échanger des informations qui sont sans rapport avec la localisation des contrôles de police.

7. Vous pourrez d'abord **admettre les interventions** des associations « Osez le féminisme » et « Le mouvement du nid » ou encore « Les effronté-E-S ». Leurs objets sociaux, lutter contre les inégalités femmes-hommes et plus généralement les violences sexuelles et masculines leur donnant qualité pour intervenir au sens de votre jurisprudence qui exige un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige (Section, 25 juillet 2013, OFPRA c/Mme Edosa Felix, 350661, Rec. p224). Cet « intérêt suffisant » pour intervenir est nécessairement plus souple que « l'intérêt pour agir » du recours pour excès de pouvoir.

8. Vous pourrez écarter **tous les autres moyens spécifiques**. Le moyen d'incompétence négative faute pour le décret d'apporter les précisions permettant aux opérateurs d'identifier les moyens techniques à déployer pour protéger les mineurs n'est pas fondé. Au niveau législatif, l'article 227-24 du code pénal (dans sa version complétée par l'article 22 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020) dispose qu'une simple déclaration de majorité effectuée par l'utilisateur est insuffisante. Il reste donc une large latitude pour définir positivement des modalités techniques. Eu égard au caractère évolutif de la technique et au souhait de laisser une marge d'appréciation aux éditeurs, il n'appartenait pas au décret auquel renvoie le dernier alinéa de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 de préciser la nature et les caractéristiques des mesures techniques à prendre à cette fin. Soulignons que la CNIL recommande le recours à un tiers de confiance, même si certains Etats (Royaume-Uni et Australie) y auraient finalement renoncé.

Concernant l'atteinte aux principes de sécurité juridique et de proportionnalité, du droit à un procès équitable et de liberté d'expression, qui serait liée à la situation immanquable dans laquelle se trouverait le président de l'Arcom lorsqu'il prendrait les mesures lui incombant en application de l'article 23, aucun n'est fondé. L'article 227-24 du code pénal est applicable sans qu'il soit besoin de dresser la liste exhaustive des dispositifs de contrôle approuvés.

II. Moyens spécifiques au dossier 453763 COYOTTE SYSTEM

9. Le moyen tiré du défaut de contreseing du garde des sceaux, ministre de la justice (art 22 de la Constitution) n'est pas fondé. Si le décret attaqué prévoit que l'interdiction de rediffusion mentionnée à l'article L. 130-11 du code de la route est prise par le préfet ou, pour certains contrôles routiers, par le ministre de l'intérieur, sur proposition des officiers ou agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints de la gendarmerie et de la police nationales, il n'appelle pour autant aucune mesure d'exécution de la part du garde des sceaux, ministre de la justice au sens de votre jurisprudence traditionnelle (Section, 27 avril 1962, S..., p. 279 ; 29 avril 1981, Ordre des architectes, 12851, Rec. p197).

10. Sur le moyen tiré de l'atteinte d'une part, aux droits et libertés que la Constitution garantit, par sa décision n° 2021-948 QPC du 24 novembre 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article L. 130-11 du code de la route, à l'exception des mots « *sur le réseau routier national défini à l'article L. 121-1 du code de la voirie routière* » figurant au II de cet article, qu'il a déclarés contraires à la Constitution en ce qu'ils permettaient, en dehors du réseau routier national, d'interdire, sans exception, la rediffusion aux utilisateurs du service de toute information habituellement rediffusée par

l'exploitant, y compris des informations sans rapport avec la localisation des contrôles de police. Il n'y a aucun impact sur le décret attaqué.

11. Et, d'autre part, s'agissant de l'atteinte à la liberté de communication protégée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, vous écarterez le moyen car les dispositions prévoient que l'interdiction de rediffusion, qui s'exerce pour une durée et dans un périmètre géographique limités, ne concerne que les informations en rapport avec la localisation des contrôles de police, ce qui est particulièrement proportionné.

12. Sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 130-11 du code de la route, il résulte des dispositions de ce I que le législateur a prévu que l'interdiction de rediffusion ne peut être décidée que lorsqu'est réalisé un contrôle routier impliquant l'interception des véhicules (et seulement dans ce cas) et que la rediffusion d'informations relatives à ce contrôle serait susceptible de permettre aux utilisateurs du service de s'y soustraire. Il a par ailleurs prévu des limites territoriales. Le décret n'a rien méconnu de ses limites. Le renvoi à la jurisprudence Société British American Tobacco France (9/10 chr, 7 février 2018, 405705) n'est à cet égard pas pertinent : dans cette affaire, précisément, la loi n'avait pas prévu le calendrier et le délai d'homologation en cause, qu'elle renvoyait au pouvoir réglementaire. Par ailleurs, en renvoyant à un arrêté du ministre de l'intérieur, pris après avis de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, la définition des modalités techniques d'échanges avec les exploitants et de traçabilité des informations qui leur sont communiquées, ainsi que les moyens à mettre en place pour en assurer la protection et la destruction après utilisation, le décret attaqué a suffisamment précisé les mesures destinées à assurer la sécurité et la confidentialité des informations transmises et le cadre dans lequel devait intervenir cet arrêté. Il n'y a donc pas subdélégation excessive au regard de votre jurisprudence (v. pour des exemples de censure faute d'encadrement avec une précision suffisante : 15 juillet 1959, Etablissements Cambier frères, p. 459 ; Assemblée, 30 juin 2000, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen, 210412, Rec. p252).

13. Sur la méconnaissance des articles L. 211-2 et L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration et du droit à un recours effectif en ce qu'il prévoit que les motifs des contrôles routiers donnant lieu à des interdictions de diffusion ne sont pas communiqués aux exploitants, les motifs figurent dans la loi et il est difficile de voir une mesure individuelle (2/1 ssr, 13 novembre 2002, T..., 219359, T. p590-789). Le droit à un recours effectif ne sera pas affecté.

14. Un moyen est tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines. Il est opérant dans la mesure où le 1° de l'article L. 130-12 a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de définir les contours de l'infraction pénale qu'il prévoit (v. 10 juillet 2002, Fédération bancaire française, 230437, Rec. p268). Mais les dispositions du décret litigieux relatives, notamment, à l'articulation des pouvoirs des préfets et du ministre de l'intérieur, aux modalités de communication avec les exploitants et au délai dans lequel les informations sont communiquées ne sont ni obscures ni ambiguës et les incriminations pénales sont définies en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.

15. S'agissant du principe de sécurité juridique, en prévoyant de différer de plus de six mois l'entrée en vigueur des mesures édictées par le décret attaqué, le pouvoir réglementaire a

suffisamment pris en compte les intérêts des exploitants de service électronique d'aide à la conduite ou à la navigation par géolocalisation et n'a pas méconnu le principe de sécurité juridique.

III. La conformité au droit de l'Union

16. Aux termes exacts de l'article 1er 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 : « 1. La présente directive a pour objectif de contribuer au **bon fonctionnement du marché intérieur** en assurant la **libre circulation des services** de la société de l'information entre les États membres. / 2. La présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre États membres ». Aux termes de l'article 2 de la même directive : « Aux fins de la présente directive, on entend par : (...) h) "domaine coordonné" : les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux. / i) Le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent : / - l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification, // - l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire ».

17. Aux termes de l'article 3 de la même directive : « 1. **Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.** / 2. **Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.** / (...) 4. Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies : / a) les mesures doivent être : / i) nécessaires pour une des raisons suivantes : / - l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine, / - la protection de la santé publique, / - la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales, / - la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ; / ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs ; / iii) proportionnelles à ces objectifs ; / b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale : / - demandé à l'État membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes, / - notifié à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures. (...) ». **Pour se résumer, dans le champ du domaine coordonné, la compétence**

est celle du pays d'origine. Et aux termes de l'article 15 de la directive, les Etats membres ne peuvent imposer une obligation générale de surveillance aux plateformes. Par exception, l'Etat de destination recouvre sa compétence en cas d'enjeu de sécurité et de protection mais à

deux conditions : que la mesure vise un service donné, et ait fait l'objet d'une notification préalable.

18. Initialement dans les trois affaires le moyen était articulé sur la procédure, tiré de ce que les dispositions réglementaires attaquées et leur base légale n'avaient **pas été notifiées conformément à la procédure d'exception de compétence de l'article 384 de la directive**. Après la décision C-376/22 du 9 novembre 2023 de la CJUE « *Google Ireland* », sur laquelle nous allons revenir, ce moyen a évolué et est désormais tiré de ce que **la France n'avait pas le droit d'adopter les dispositions en question, générales, visant des catégories de services, et de les rendre applicables à des prestataires installés dans d'autres Etats membres de l'Union, et en ce que, ce faisant, elle a méconnu le principe du pays d'origine** sur lequel est fondé la directive « commerce électronique ».

19. Le point de départ réside dans la **définition du domaine coordonné et son association au principe du pays d'origine**. Car, vous l'aurez compris, si les mesures dont il s'agit ce jour devant vous relèvent de ce domaine coordonné, alors la France, ces services étant établis en République Tchèque pour certains, n'est autorisée à intervenir **que si les conditions propres aux exceptions sont réunies**. Rappelons que la notion de domaine coordonné n'est pas le monopole de la directive e-commerce. La directive 98/84 du 20 novembre 1998, concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel définit à son article 2 le « domaine coordonné » comme « *toute disposition concernant les activités illicites spécifiées à l'article 4* ». On retrouve la même notion à l'article 31 de la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (SMA), sans définition cette fois.

20. Comprenons bien. Bien sûr, dès lors que la matière régie est extérieure au domaine de la directive, par exemple la fiscalité pour la directive sur le commerce électronique, les Etats membres de destination sont libres d'agir (CJUE, 27 avril 2022, *Airbnb Ireland*, C-674/20). De même le domaine coordonné ne couvrant pas les exigences applicables à la livraison de biens pour lesquels un contrat a été conclu par voie électronique, les règles nationales qui portent sur les conditions dans lesquelles une marchandise vendue par Internet peut être délivrée sur le territoire d'un État membre ne relèvent pas du champ d'application de ladite directive (Voir, en ce sens, arrêt du 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, points 29 et 30). En bref, la Cour de justice a déjà jugé que ce domaine coordonné n'était pas illimité.

21. Dans les présentes espèces, **il faut déterminer si les mesures relèvent du domaine coordonné**. Il se divise en deux catégories, comme le résume l'avocat général Szpunar dans ses conclusions présentées le 11 janvier 2024 dans les affaires C-662/22 à 667/22 pour les affaires *AirBnb Ireland* et autres : « *Le concept de « domaine coordonné », défini à l'article 2, sous h), de la directive 2000/31, couvre les exigences auxquelles un prestataire de services en ligne doit satisfaire et qui concernent « l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information » ou « l'exercice [d'une telle] activité » (ci-après, respectivement, les «*

exigences d'accès » et les « exigences d'exercice »).

22. a/ On ressent d'emblée une intuition contraire s'agissant des **mesures de protection** des **mineurs** contre l'accès à des contenus pornographiques, lesquelles intègrent la matière pénale

et non le champ des réglementations commerciales. Dans les **affaires Webgroup et NKL associates**, le dispositif de mise en demeure instauré par la loi du 30 juillet 2020, destiné à assurer l'effectivité de l'article 227-24 du code pénal, comporte deux facettes indissociables. D'abord en tant qu'il permet à une autorité administrative de mettre en demeure un prestataire de mettre fin à une infraction, en particulier pénale et de saisir, à défaut de mise en conformité, une juridiction, il doit pouvoir être regardé comme ne fixant par lui-même aucune règle quant à l'exercice de leur activité par des prestataires. S'agissant du fond de l'obligation pénale, **il semble que la directive ne paralyse pas la possibilité pour les Etats membres de destination de faire respecter par les éditeurs de service en ligne établis dans d'autres Etats membres les règles de leur droit pénal, qui s'appliquent à tous, plateformes ou non**. Pour plusieurs raisons.

- D'abord une **raison historique nationale**. L'interdiction de fabriquer, transporter, diffuser des images à caractère pornographique susceptible d'être vues par un mineur date au moins de la recodification entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, bien avant que la pornographie puisse être diffusée par internet, en *peer to peer* puis plus tard sur des plateformes de streaming.
- Ensuite une **raison historique européenne**. Rappelons-nous que la directive a été adoptée en 2000 sous l'empire du droit de l'Union antérieur au TFUE, à une époque où les directives du pilier 1, la communauté européenne, ne pouvaient pas empiéter sur le pilier 3 portant sur l'espace de sécurité et de justice et où prédominait la logique intergouvernementale. L'intuition première est que la directive ne pouvait donc pas avoir un objet pénal. Cette vision a été défendue dès l'origine par une part de la doctrine².
- Des **arguments de textes ensuite**. La directive précise, dans son considérant 8, que « *L'objectif de la présente directive est de créer un cadre juridique pour assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres et non d'harmoniser le domaine du droit pénal en tant que tel* ». Son considérant 26 ajoute que : « *Les États membres peuvent, conformément aux conditions définies dans la présente directive, appliquer leurs règles nationales de droit pénal et de procédure pénale pour engager toutes les mesures d'enquêtes et autres nécessaires pour détecter et poursuivre les infractions en matière pénale, sans qu'il soit besoin de notifier ces mesures à la Commission* ». Par ailleurs, les trois articles qui prévoient un régime d'exonération de responsabilité pour les SSI offrant des services de « simple transport » d'informations (article 12), de stockage (article 3) et d'hébergement (article 14) disposent tous que cette règle « *n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation* » Et à cet égard, les considérants 45 à 48 de la directive énoncent que : « (45) *Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible* ». (48) « *La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les*

² A Lodder ch 4 'Directive **2000/31/EC**' in A Lodder and H Kaspersen (eds) *E-Directives: Guide to the European Union Law on E-commerce* (Kluwer Law International The Hague 2002) **67-93** at **75**;

fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites. ».
Cette exception concerne a minima les dispositifs de mise en demeure et de contraintes qui figurent dans le décret attaqué.

23. Certes une telle réserve de compétence des autorités nationales en matière de dispositif d'injonction visant à faire respecter, y compris par des services établis dans un autre Etat membre, leur droit pénal **n'a pas été à ce stade explicitement reconnue par la jurisprudence de la CJUE, sauf pour l'injonction à un hébergeur de supprimer ou bloquer un contenu diffamatoire (C-18/18 du 3 octobre 2019, Glawishnig-Piesczek).** Et il arrive que la réglementation européenne impose que les Etats membres mettent en place des dispositions permettant de s'assurer que les SSI ne commettent pas certaines infractions (ex : directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants) mais doit s'affirmer à la lumière des arguments qui précèdent. Et ajoutons, comme élément de contexte, que les articles 4, 5, 6 et 8 du règlement dit DSA, prévoient très clairement la possibilité pour les autorités nationales compétentes d'adopter des injonctions individuelles.

24. Bien entendu, et par rapport au substrat de la règle pénale en tant que telle, chacun perçoit aisément les limites d'une approche par frontière matérielle thématique. La seule localisation d'une obligation à l'endroit des plateformes dans le code ou la législation pénale et l'existence d'une incrimination dissuasive ne saurait faire échapper toute réglementation des services de la société de l'information à la directive qui a pour objet de favoriser leur liberté d'établissement. Procéder ainsi ferait vite basculer les Etats membres dans la tentation des « mesures pénales d'effet équivalent ».

25. Mais **la situation française en cause n'est pas celle-là.** L'interdiction de la diffusion aux mineurs est une règle pénale stricte, antérieure, générale et impersonnelle, dirigée vers toutes les formes de diffusion. L'ajout en cause par le législateur en 2020 n'est que la codification d'une jurisprudence antérieure. Il ressort clairement des travaux préparatoires que l'intention était, par l'introduction de l'alinéa 3, dans l'article 227-24, de codifier une jurisprudence ancienne selon laquelle tombent sous le coup de l'article 227-24 du code pénal les sites pornographiques sur internet qui sont librement accessibles aux mineurs dès lors qu'il leur suffit d'affirmer par un simple clic, et sans autre dispositif de contrôle de leur identité, qu'ils sont majeurs (voir par exemple Crim., 23 février 2000, pourvoi n° 99-83.928, Bull. crim. 2000, n 85 s'agissant de CD Rom interactifs avec lien internet).

26. In fine, les **dispositions législatives et réglementaires** contestées se bornent, d'une part, à créer une procédure par laquelle une autorité administrative peut mettre en demeure des personnes dont l'activité consiste à éditer un service de communication en ligne de mettre fin à la commission d'une infraction pénale consistant en la diffusion de messages à caractère pornographique susceptibles d'être vus par des mineurs et saisir une juridiction en cas d'inexécution de sa mise en demeure, et, d'autre part, à préciser, par l'ajout d'un alinéa à l'article L. 227-24 du code pénal, la portée de cette infraction, en se bornant au demeurant sur ce point à codifier une jurisprudence constante. **De telles dispositions n'ont pas pour objet**

de réglementer l'exercice de l'activité d'une catégorie de services donnés de la société de l'information mais seulement d'édicter des règles destinées à prévenir et mettre fin à la commission d'infractions pénales par des prestataires **quels que soient leur média de diffusion** : physique, électronique... Par conséquent, les sociétés requérantes ne sauraient

utilement soutenir que les dispositions législatives et réglementaires qu'elles contestent auraient été prises en méconnaissance des objectifs de l'article 3 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique.

27. Une telle interprétation peut exactement s'appuyer, par analogie, avec la solution retenue dans la directive 2006/123, dite « directive services », concernant l'articulation entre la libre prestation de services et le droit pénal. L'article 1er, paragraphe 5, de la directive services dispose en effet qu'elle n'affecte pas les règles de droit pénal des États membres. Cependant, les États membres ne peuvent restreindre la libre prestation des services en appliquant des dispositions pénales qui réglementent ou affectent de façon particulière l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité à l'effet de contourner les règles énoncées dans la présente directive (voir, également, arrêt du 4 juillet 2019, Kirschstein, C-393/17). Nous estimons donc que le décret, mais aussi la loi, dont l'inconventionnalité est invoquée, n'entraient pas dans le champ d'application de la directive. Et nous avons évoqué l'exception pour la fiscalité.

28. b/ dans **l'affaire coyote**, les dispositions législatives (art L. 130-11 du code de la route) interdisent la localisation par voie électronique des contrôles routiers en cours pendant deux heures et sur un rayon de 2kms. Le décret attaqué du 19 avril 2021 pris pour leur application a introduit un article R. 130-12 qui prévoit que l'interdiction est prise par le préfet, précise les voies ou portions de voies concernées, les modalités de transmission de l'information aux exploitants de service électronique. Il est plus délicat d'affirmer que ces mesures n'affectent pas les conditions d'exercice de l'activité et échappent par nature au domaine coordonné. Vous le savez, la Cour exige pour qu'un Etat membre intervienne sur le domaine coordonné qu'il s'inscrive **dans le champ précis des exceptions** : voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112, points 83 et 84 et plus proche de la situation de l'espèce, l'arrêt du 1er octobre 2020, A (Publicité et vente de médicaments), C-649/18, cf. points 88-90, 93-97, 99-102, 115 et disp.) à propos de l'application, par l'État membre de destination d'un **service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale**, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d'une réglementation nationale interdisant à des pharmacies vendant de tels médicaments de recourir au référencement payant dans des moteurs de recherche et des comparateurs de prix.

29. Mais pour tout dire, **la jurisprudence la plus récente de la cour nous interroge, comme elle interroge l'ensemble des administrations des Etats membres par son étendue**. Ce qui suit concernera aussi les requêtes de Webgroup et NKL Associates si vous ne nous suiviez pas sur l'exception pénale. Nous commençons par son **arrêt de Grande chambre Airbnb Ireland, CJUE, 19 décembre 2019, C-390/18**, où était en jeu une plainte introduite par une association d'agents immobiliers à l'encontre d'AirBnB, établie en Irlande, à qui il était reproché d'exercer des activités d'intermédiation immobilière en violation de l'obligation de **détenir une carte professionnelle** prescrite par la loi n° 70-9 dite Hoguet du 2 février 1970. Dans son arrêt rendu après question préjudicielle du TGI de Paris, la CJUE a jugé que des obligations telles que celles prévues, concernant notamment l'obligation pour des personnes effectuant un service d'intermédiation immobilière de détenir une carte professionnelle,

étaient susceptibles de constituer des mesures devant faire l'objet, pour être rendues applicables à un service de la société de l'information établi dans un autre Etat membre, c'est-à-dire appliquer la règle du pays de destination, de la procédure de notification spécifique prévue par l'article 3§4. Et l'omission de cette formalité substantielle a pour conséquence, au

même titre qu'une absence de notification au titre des règles techniques, l'inopposabilité de la réglementation en cause. Elle a donc estimé qu'AirBnB pouvait se prévaloir, dans le cadre de son litige, de ce que la loi ne pouvait lui être appliquée. Autrement dit, dans les deux conditions de l'exception de l'article 3 de la directive, viser un « un service donné de la société de l'information » (au 4.) et avoir procédé aux notifications requises, c'est la seconde qui faisait défaut.

30. Le 4. de l'article 3 prévoit donc une exception pour habiliter le pays de destination à agir contre un service donné de la société de l'information. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 9 novembre 2023 dans l'affaire n° C-376/22 « Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited c/ Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) », la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que : « *l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que des **mesures générales et abstraites** visant une **catégorie de services donnés de la société de l'information** décrite en des termes généraux et s'appliquant indistinctement à tout prestataire de cette catégorie de services ne relèvent pas de la notion de « mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information », au sens de cette disposition.* ». La CJUE est allé plus loin s'agissant, cette fois-ci, d'une réglementation autrichienne (le KopI-G) destinée à accroître la responsabilité des plateformes de réseaux sociaux en imposant notamment aux fournisseurs de services de mettre en place une procédure de notification et de vérification des contenus prétendument illicites, d'établir et de publier régulièrement des rapports de transparence en ce qui concerne la prise en charge des notifications, et de désigner des mandataires responsables et des mandataires chargés des notifications. C'est la première condition, viser un service donné, qui faisait défaut avec une réglementation générale. Et les conclusions de l'avocat général Szpunar présentées le 11 janvier 2024 dans les affaires C-662/22 à 667/22 pour les affaires AirBnb Ireland et autres vont dans le sens de la même solution. Ces questions, et l'affaire en cours, concernent une réglementation italienne qui impose à des prestataires de services d'intermédiation en ligne (Airbnb, Expedia, Google etc) : / a) une obligation d'inscription à un registre ; / b) une obligation de transmettre des informations importantes sur son organisation pour s'inscrire sur le registre ; / c) une obligation de transmettre périodiquement des informations importantes sur sa situation économique / d) une obligation de paiement d'une contribution financière. Et des sanctions en cas de manquement à ces obligations.

31. Au final donc, la solution de la cour empêche de regarder une mesure prise à l'égard d'une catégorie de plateformes, indépendamment même de la condition de respect de la condition de notification préalable. Cette jurisprudence peut avoir, pour les Etats membres, un **effet systémique sur des stocks entiers de législation en vigueur**. En effet, dans aucune des décisions précitées, la Cour n'a fait usage du pouvoir de modulation des effets dans le temps des revirements de jurisprudence qu'elle se reconnaît pourtant depuis sa décision D... du 8 avril 1976 (43/75, p. 455, point 75). L'avocat général dans les deux dernières décisions a bien perçu ce risque dans ses conclusions : « *On pourrait soutenir que le mécanisme établi à l'article 3...confère une **protection particulièrement étendue aux prestataires**...Toutefois, je suis d'avis que l'intention du législateur de l'Union lors de l'adoption de cette directive, qui est le fruit de son époque, était d'établir un régime de base qui protège de manière spécifique la libre circulation des services de la société de l'information au sein de l'Union.* » puis plus loin « *Au besoin, le législateur peut, voire doit, intervenir et introduire des solutions*

harmonisées adaptées à la réalité socio-économique. De telles interventions ont eu lieu au cours des années et le Digital services Act en est une parfaite illustration récente ». Avant de redire un mot du DSA, il est utile de rappeler que le **principe de la régulation dans le pays de destination** fait son **chemin depuis longtemps dans la réglementation de l'UE**. En

matière fiscale Il est en vigueur pour la TVA sur le commerce en ligne depuis le 1^{er} janvier 2015 (Directive 2008/8/CE du Conseil du 12 février 2008). En matière de médias et de plateformes vidéos, **une nouvelle directive** (la Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du **14 novembre 2018, dite SMA**) impose le principe de taxation des plateformes de streaming de type Netflix-Amazon Prime, Disney...pour le financement de la création dans le pays du spectateur de contenus vidéos.

32. Le DSA a été publié le 27 octobre 2022 et s'appliquera, à compter du 17 février 2024, dans l'ensemble de l'UE à l'ensemble des plateformes en ligne. Ce règlement impose à l'ensemble des plateformes diverses obligations. Pour les « très grandes plateformes » (*very large online platforms or search engine, VLOPs et VLOSEs*), qui concernent plus de 45 millions d'utilisateurs, ce qui concerne à ce stade 22 plateformes, dont 3 sites pornographiques, les exigences sont renforcées et des « obligations supplémentaires de gestion des risques systémiques » leur sont imposées. **Le sujet de la protection des mineurs y est traité**, au considérant (71) qui évoque la protection des mineurs, et le considérant (89) énonce que : « *Les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne devraient tenir compte de l'intérêt supérieur des mineurs (...). En outre, ils devraient prendre des mesures pour protéger les mineurs contre les contenus susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral et fournir des outils permettant un accès conditionnel à ces informations* ». L'article 28, qui s'adresse à toutes les plateformes en ligne, traite de la « Protection des mineurs en ligne ». Il énonce que : « 1. *Les fournisseurs de plateformes en ligne accessibles aux mineurs mettent en place des mesures appropriées et proportionnées pour garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de sûreté et de sécurité des mineurs sur leur service* » et interdit la publicité ciblée sur les mineurs. Il indique toutefois que « *Le respect des obligations énoncées dans le présent article n'impose pas aux fournisseurs de plateformes en ligne de traiter des données à caractère personnel supplémentaires afin de déterminer si le destinataire du service est un mineur* » et confie à la Commission le rôle d'établir le cas échéant des « lignes directrices » pour aider les fournisseurs de plateformes à appliquer le paragraphe 1. L'article 35, qui s'applique aux très grandes plateformes et concerne les mesures d'« atténuation des risques », énonce que « *Les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne mettent en place des mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces, adaptées aux risques systémiques spécifiques recensés conformément à l'article 34, en tenant compte en particulier de l'incidence de ces mesures sur les droits fondamentaux. Ces mesures peuvent inclure, le cas échéant : (...) j) l'adoption de mesures ciblées visant à protéger les droits de l'enfant, y compris la vérification de l'âge et des outils de contrôle parental, ou des outils permettant d'aider les mineurs à signaler les abus ou à obtenir un soutien, s'il y a lieu ;* »

33. A ce sujet, dans son avis circonstancié sur le PJJ SREN, la Commission a indiqué qu'en l'absence de solution européenne pour vérifier l'âge des utilisateurs, elle comprend le souhait de la France d'introduire des mesures transitoires sur son territoire « en accord avec le droit européen » mais recommandait que soit envisagé une disposition pour abroger toutes les mesures nationales qui seraient redondantes avec les solutions européennes, une fois celles-ci implémentées

34. Ce contexte étant dressé, nous en revenons aux affaires appelées devant vous. L'affaire Coyotte concerne des exigences relatives à l'exercice de leur activité par des prestataires qui relèvent d'une catégorie de services de la société de l'information. Les règles en litige sont générales et abstraites, elles ne concernent pas « un service donné ». Peut-on néanmoins

considérer qu'elle intervient en dehors du domaine coordonné ? En dépit de la définition très large de l'article 2, nous ne savons pas s'il convient de réduire le « domaine coordonné » uniquement aux sujets spécifiquement harmonisés par la directive, c'est-à-dire son chapitre II, qui fixe des exigences concernant les régimes d'autorisation des prestataires de service, les informations générales que les prestataires doivent fournir aux destinataires du service, les exigences qui s'appliquent aux communications commerciales du prestataire (identification claire, respect de l'opt-out des destinataires) ; règles particulières qui s'appliquent aux professions réglementées ; règles applicables aux contrats électroniques / à la passation de commandes ; responsabilité des prestataires intermédiaires (absence de responsabilité du prestataire quant aux informations transmises, stockées ou hébergées sur lesquelles il n'a aucune maîtrise ; interdiction des obligations générales de surveiller les informations transmises ou stockées. Cette interprétation pourrait se prévaloir de la lettre de la directive, qui se présente explicitement comme une directive d'harmonisation partielle coordonnant d'après le considérant 7 « *certain aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur* ». Il nous semble donc nécessaire que vous interrogiez la Cour, sur le fondement de l'article 267 du TFUE, afin de **s'assurer que la mesure contestée entre dans le champ du domaine coordonné en ce qu'elle porte sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, elle ne concerne cependant ni l'établissement des prestataires, ni les communications commerciales, ni les contrats par voie électronique, ni la responsabilité des intermédiaires, ni les codes de conduite, ni le règlement extrajudiciaire des litiges, ni les recours juridictionnels et la coopération entre États membres, et ne porte donc sur aucune des matières régies par les dispositions d'harmonisation de son chapitre II.** Et dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question, une telle interdiction, qui se borne à imposer aux exploitants de cesser, pour une période et dans un périmètre géographique donné, de rediffuser dans le cadre de ce service certaines catégories de messages ou d'indication constituerait-elle une « obligation générale en matière de surveillance » au sens de l'article 15 de la directive du 8 juin 2000 dont un Etat-membre ne pourrait pas imposer le respect y compris à des prestataires établir sur son territoire ou en dehors de l'Union européenne.

35. Et nous reviendrons un instant sur les requêtes de Webgroup et NKL, pour le cas, où vous ne nous suivriez pas à propos de l'exception pénale ou la réserve pénale de compétence, il conviendrait d'interroger la Cour de justice d'abord pour déterminer si ces dispositions pénales relèvent du domaine coordonné, puis s'il était répondu positivement à cette question, comment il conviendrait d'assurer la conciliation avec l'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par les articles 1^{er} et 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et qui trouve sans doute sa place dans un principe général du droit de l'Union européenne, dans des raisonnements proches de ceux de la jurisprudence Omega (14 octobre 2004, C-36/02, points 30 et s) lorsque dans l'urgence, des mesures individuelles tournées vers des services donnés apparaissent insuffisantes.

PCMNC :

- Sous le n° 453763, à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête de la société Coyote System jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur

les questions qui viennent d'être évoquées.

- Sous les N° **461193** et **461195**, au rejet des requêtes.

