

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteure publique

La loi du 10 août 1981 relative au prix du livre¹ - dite loi Lang, du nom du ministre de la culture qui en est l'instigateur - impose aux éditeurs et importateurs de livres de fixer un prix de vente au public, que les détaillants sont tenus de respecter, sous réserve d'une remise maximum de 5% (article 1^{er}). Ce mécanisme a été institué dans le but de protéger le livre en tant que bien culturel contre les effets négatifs susceptibles de résulter d'une concurrence sur les prix. Face aux pratiques des grandes surfaces, dont l'offre se concentrait sur des ouvrages à succès vendus avec des remises très importantes par rapport au prix conseillé par l'éditeur, mettant en péril le modèle économique des librairies traditionnelles, il s'agissait de maintenir un réseau dense de librairies indépendantes, considérées, du fait de la variété de leurs catalogues et des conseils dispensés à la clientèle, comme les acteurs indispensables à la défense du pluralisme dans la création et l'édition littéraire.

Si le débat à ce sujet a été – et demeure - particulièrement vif en France, le prix unique du livre n'est pas une exception française, une dizaine de pays européens – dont l'Allemagne, l'Italie ou l'Espagne², disposant d'un système similaire. Saisie du mécanisme français au cours des années 1980³, la Cour de justice de l'Union européenne l'a examiné au regard du droit de la concurrence et de la liberté de circulation des marchandises. Sur le premier terrain, elle a estimé qu'il ne contrevenait pas à l'obligation des Etats-membres de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises, sous réserve de respecter les autres dispositions spécifiques du Traité. Sur le terrain de la liberté de circulation des marchandises, elle a censuré deux dispositions du texte

¹ Loi n° 81-766.

² V. arrêts cités *infra*, note 3 ; « Le prix unique du livre », M. Pérona, La revue des medias, 31 août 2010, INA.

³ 10 janvier 1985, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, C-229/83 ; 23 octobre 1986, Driancourt, C-355/85 ; 14 juillet 1988, Syndicat des libraires de Normandie, C-254/87. La validité de ces solutions, rendues sous l'empire des règles de l'ancien Traité CEE, a été confirmée, sous l'empire des règles résultant de l'Acte unique, par l'arrêt du 3 octobre 2000, Echirolles Distribution SA, C-9/99.

initial, en tant qu'elles s'appliquaient aux livres importés, ce qui a donné lieu à des ajustements mineurs de la loi.

Les années 2000 ont vu le développement de la vente de livres en ligne, avec l'apparition sur le marché français de multiples acteurs, parmi lesquels la société Amazon, dont il s'agit de la première activité historique. Constatant que les frais de port à la clientèle ne faisaient, dans nombre de cas, l'objet d'aucune facturation spécifique, et après l'échec du Syndicat de la librairie française à obtenir l'interdiction de cette pratique devant les juridictions judiciaires⁴, le législateur, estimant qu'elle était de nature à rompre l'équilibre issu de la loi Lang, a modifié celle-ci en 2014 pour interdire la gratuité de la livraison⁵.

Cette prohibition n'excluant pas une facturation symbolique, le législateur a estimé nécessaire de la compléter en 2021. La loi du 30 décembre 2021 visant à conforter l'économie du livre et à renforcer l'équité et la confiance entre ses acteurs⁶, issue d'une proposition de la sénatrice L. Darcos, a modifié l'article 1^{er} de la loi Lang pour prévoir que « *le service de livraison du livre ne peut en aucun cas être proposé par le détaillant à titre gratuit, sauf si le livre est retiré dans un commerce de vente au détail de livres* ». Elle en impose la facturation dans le respect d'un montant minimal fixé par arrêté des ministres de la culture et de l'économie, sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, lequel doit tenir compte « *des tarifs proposés par les prestataires de services postaux sur le marché de la vente au détail de livres et de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants* ».

Ce tarif minimal a été fixé par arrêté du 4 avril 2023. Il s'élève à 3€ pour toute commande de livres inférieure, en valeur, à 35€ TTC, et « plus que 0€ » pour toute commande au-delà de ce montant. La société Amazon EU SARL, société de droit luxembourgeois qui gère les activités de distribution du groupe en Europe, vous demande, comme elle y a intérêt, l'annulation de cet arrêté.

Sa requête pose de délicates questions d'articulation entre le dispositif adopté et le droit de l'Union européenne et nous allons vous proposer de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de plusieurs questions préjudicielles avant de vous prononcer sur le fond.

Ce qui ne vous empêchera pas d'écarter certains des moyens soulevés dont le sort est certain.

1. Le premier d'entre eux est tiré du défaut de consultation préalable de l'Autorité de la concurrence, dont l'article L. 462-2 du code de commerce prévoit qu'elle doit être saisie de « *tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de concurrence* ».

⁴ Com., 6 mai 2008, pourvoi n° 07-16.381, cité *infra*.

⁵ Loi n° 2014-779.

⁶ Loi n° 2021-1901.

S'il est étonnant, près de 40 ans après l'adoption de l'ordonnance de 1986, de lire encore sous la plume d'un ministre l'affirmation selon laquelle l'instauration d'un tarif minimum n'a pas pour effet d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix, il est exact, en revanche, que l'institution du régime tarifaire en litige résulte de la loi du 30 décembre 2021, et non de l'arrêté attaqué, pris pour son application. Le niveau du tarif constitue certes le « paramètre capital » du dispositif, comme le soutient la requérante, mais pareille circonstance n'a pas arrêté votre Assemblée, dans sa décision *Conseil supérieur de l'administration de biens et autres* du 6 juin 1997 (n°183111, 183353, au rec.), pour juger que la saisine de l'ancien Conseil de la concurrence ne s'imposait pas, s'agissant d'un décret fixant le montant maximum d'évolution des loyers, pris pour l'application de la loi du 7 juillet 1989 qui en prévoyait le principe.

2. Les autres moyens soulevés par la société Amazon sont tous tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne.

Elle excipe de la contrariété de l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1981, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 2021, avec les dispositions relatives à la libre circulation des services, et plus particulièrement, avec la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique⁷ ou, à défaut, la directive services du 12 décembre 2006⁸ ; et à titre subsidiaire, leur contrariété avec la liberté de circulation des marchandises garantie par les articles 34 à 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

L'on comprend bien la raison pour laquelle la violation de la directive sur le commerce électronique est invoquée à titre principal.

Comme vous le savez, celle-ci repose sur les principes de contrôle dans l'État membre d'origine et de la reconnaissance mutuelle, de telle sorte que, dans le cadre du domaine coordonné défini à son article 2, sous h), les services de la société de l'information sont réglementés dans le seul État membre sur le territoire duquel les prestataires de ces services sont établis.

Et la Cour de justice de l'Union européenne a récemment jugé, dans son arrêt *Google Ireland Ltd* du 9 novembre 2023 (C-376/22), que les États-membres ne peuvent pas déroger au principe de libre circulation de ces services, sur le fondement de l'article 3, paragraphe 4, en adoptant des mesures générales et abstraites visant une catégorie de services donnés décrite en des termes généraux et s'appliquant indistinctement à tout prestataire de cette catégorie.

Or, une réglementation imposant un tarif minimum de livraison à tous les vendeurs de livres en ligne ressemble, à s'y méprendre, à une telle mesure générale et abstraite.

⁷ 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.

⁸ Directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Par ailleurs, dans son avis circonstancié du 14 février 2023, la Commission européenne a évalué le projet d'arrêté contesté à la lumière de la directive sur le commerce électronique.

Cependant, il ne fait pas de doute à nos yeux que la mesure en cause n'entre pas dans le champ d'application de cette directive.

Rappelons que celle-ci a pour objet de rapprocher certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information – c'est-à-dire, selon son article 2, sous a)⁹, les services fournis normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. L'article 2, sous h) définit les exigences qui relèvent du domaine coordonné, à savoir, selon son i), celles que le prestataire doit satisfaire et qui concernent l'accès à l'activité de service - telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification - ou l'exercice de cette activité - 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. L'article 2 précise, à son ii), que le domaine coordonné ne couvre pas les exigences applicables, notamment, à la livraison de biens.

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé la portée de cette exclusion dans un arrêt du 2 décembre 2010, *Ker Optika* (C-108/09), à propos d'une réglementation hongroise interdisant la commercialisation de lentilles de contact par Internet. Elle a jugé qu'il convient, dans le cadre d'une commercialisation en ligne, de distinguer deux éléments, à savoir, dans un premier temps, l'acte de vente proprement dit, qui est caractérisé par l'offre de contracter en ligne ainsi que par la conclusion d'un contrat de vente électronique, et, dans un second temps, la livraison du produit vendu, laquelle est généralement effectuée au domicile du client (point 22). Si le domaine coordonné de la directive sur le commerce électronique couvre les dispositions nationales relatives à l'acte de vente en ligne (points 23 à 28), tel n'est pas le cas pour les exigences applicables à la livraison de biens pour lesquels un contrat a été conclu par voie électronique (points 29 à 31).

Il en découle, très clairement, que si l'acte de vente en ligne d'un livre, qui recouvre la contractualisation et le paiement de la vente à distance, entre dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique, les conditions de livraison du livre ainsi vendu au domicile des clients n'en relèvent pas.

Si la société Amazon tente de cantonner la portée de l'arrêt *Ker Optika*, en faisant valoir que la Cour de justice ne se serait pas prononcée quant à l'interprétation du terme « livraison » dès lors que la réglementation hongroise interdisait purement et simplement la livraison à domicile des lentilles de contact, l'objection ne tient pas. La Cour a opéré une distinction, de principe, entre la partie « immatérielle » de l'opération et sa partie « matérielle », et jugé, de manière générale, que les conditions de livraison d'un produit vendu en ligne n'entrent pas dans le champ d'application de la directive. Pour reprendre la formule de l'avocat général

⁹ Qui renvoie à la définition de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE.

Maciej Szpunar dans ses conclusions présentées le 11 janvier 2024 sur l'affaire *Airbnb Ireland UC* (C-662/22, pt 49), seul le « composant en ligne » est pertinent du point de vue du domaine coordonné.

Ainsi, en dépit de la prise de position de la Commission européenne - dont nous relèverons que l'avis n'est pas motivé sur ce point précis -, nous pensons que vous pourrez écarter le moyen soulevé sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle sur ce point.

3. La compatibilité du mécanisme avec la directive services du 12 décembre 2006 pose des questions plus délicates.

La requérante invoque la méconnaissance de son article 16, qui consacre le droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis. Il interdit aux États-membres de subordonner l'accès et l'exercice d'une activité de service sur leur territoire à des exigences qui ne satisfont pas aux principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité.

Précisons que l'instauration d'une tarification minimale constitue très certainement une exigence, au sens de ces dispositions, puisque la directive y inclut, largement, toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions, notamment réglementaires, des États membres (article 4, sous 7).

3.1. Au préalable, il convient de déterminer si l'activité en cause entre dans le champ d'application de la directive.

Même si cela n'est guère intuitif s'agissant de biens constituant des marchandises, l'activité de vente de livres constitue, indéniablement, une activité de service entrant dans le champ d'application de la directive, que cette vente soit effectuée dans une librairie « en dur » ou « en ligne ».

La notion de services, au sens de cette directive, est, en effet, attractive, la Cour de justice de l'Union européenne ayant jugé que l'activité de commerce de détail de produits en fait partie (gde ch., 30 janvier 2018, *X et Visser*, C-360/15 et C-31/16, pts 84 à 97) alors même qu'elle considère, sur le terrain du droit primaire, que le régime de vente d'un produit – tel que la vente ambulante (26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, pts 33 à 35) ou la vente en ligne (11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, pts 65, 76 et 124, et *Ker Optika*, préc. pts 42 à 46) – doit être examiné au regard des dispositions du TFUE régissant la libre circulation des marchandises et non de celles relatives à la libre prestation de services.

Y a-t-il lieu, néanmoins, de réserver un sort particulier à la livraison à domicile ?

Même si la ministre de la culture ne l'évoque pas, l'on pourrait se demander, en effet, si une telle opération ne s'analyse pas comme un service fourni dans le secteur postal – dont la Cour a précisé qu'ils comprenaient les services d'acheminement et de distribution de plis postaux

concernant, notamment, des livres¹⁰, et qui sont soustraits, en vertu de l'article 17, aux exigences de l'article 16¹¹ -, voire comme un service de transport, lesquels sont définis par la jurisprudence comme tout acte physique de déplacement de biens¹² d'un endroit à un autre au moyen d'un véhicule¹³ et qui sont exclus du champ d'application de la directive services par son article 2 sous d)¹⁴.

Sans qu'il soit nécessaire de trancher la question de la qualification juridique d'un service de livraison à domicile, nous ne pensons pas possible, en l'occurrence, de retenir l'une ou l'autre de ces exclusions.

L'on relèvera, d'abord, que lorsque les libraires ont recours à des prestataires externes, comme La Poste, pour acheminer les livres commandés en ligne par leurs clients, les règles sectorielles exclusives de l'application de la directive services ont naturellement vocation à s'imposer aux prestataires postaux ou de transport, et non au libraire dans sa relation avec son client.

Par ailleurs, et même lorsque le vendeur de livres internalise la logistique de la distribution, le client achète, à titre principal, un livre, et non un service de livraison.

Nous n'avons pas trouvé, dans la jurisprudence de la Cour, de précédent véritablement topique éclairant la grille d'analyse qui s'impose dans le cas de la fourniture d'un bouquet de services par un même prestataire. Il ressort, toutefois, de sa jurisprudence qu'elle s'attache à apprécier si les services fournis sont, ou non, dissociables.

Dans le cas – particulier - des services ayant pour objet de mettre en relation des clients et des prestataires d'un autre service de nature différente, qui doivent normalement, lorsqu'ils sont rendus au moyen d'une plateforme électronique, être qualifiés de services de la société de l'information relevant de la directive sur le commerce électronique, la Cour estime qu'il en va différemment lorsque l'intermédiation fait partie intégrante d'un service global, dont l'élément principal relève d'une autre qualification juridique (20 décembre 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, pts 38 à 44 ; 19 décembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, point 50 ; 3 décembre 2020, Star Taxi Srl, C-62/19, pt 49 et s.).

Selon une logique plus générale, la Cour a jugé qu'une réglementation portant sur un préalable indispensable à une activité de commerce de détail – en l'occurrence le fait de soumettre à autorisation le stockage d'articles destinés à la vente – relève du champ d'application de la directive (26 septembre 2018, Van Gennip C-137/17, pt 74).

¹⁰ 31 mai 2018, Confretea, C-259/16, pt 30 et s.

¹¹ Etant révisé par la directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service.

¹² Ou de personnes.

¹³ 15 octobre 2015, Grupo Itevelesa, C-168/14, pt 46 ; 19 janvier 2023, Administración General del Estado, C-292/21, pt 33.

¹⁴ Etant révisé par le titre VI du TFUE.

Il nous semble, ainsi, qu'une mesure qui régleme les conditions de fourniture d'un service additionnel à une activité de commerce de détail, relève du champ d'application de la directive services lorsque ce service additionnel constitue un prolongement nécessaire de l'activité commerciale, quelle que soit la qualification juridique qu'il pourrait recevoir s'il était examiné isolément.

En l'occurrence, la livraison à domicile des livres s'insère dans des modèles économiques très divers. Certaines librairies proposent exclusivement la vente en magasin (*brick and mortar*) : dans cette configuration, la livraison à domicile, postérieure à l'achat en boutique, est dissociable de la vente et le libraire n'est d'ailleurs pas tenu de la proposer à son client. Certains acteurs proposent à la fois la vente en magasin et la vente en ligne (*click and mortar*), ce qui est le cas, par exemple de la Fnac, mais aussi de nombreuses librairies indépendantes : lorsque le client achète un livre en ligne, et que le vendeur lui offre le choix entre le retrait en boutique et la livraison à domicile, il nous semble également possible de dissocier, fonctionnellement et économiquement, la livraison de la vente. En revanche, certains acteurs, tels qu'Amazon, proposent exclusivement la vente en ligne, sans disposer d'un réseau de magasins (*pure players*) : dans ce cas, nous ne voyons pas comment le mode de délivrance du livre vendu, qu'il prenne la forme, comme c'est généralement le cas, d'une livraison au domicile du client ou d'une mise à disposition en point relais, pourrait être dissocié de la vente elle-même puisqu'il s'agit, concrètement, de la façon pour le vendeur de s'acquitter de son obligation contractuelle de mettre la chose vendue en possession de l'acheteur¹⁵.

Nous pensons donc que le lien particulier entre la vente et la livraison, dans le cas de l'achat en ligne, commande à lui seul l'application de la directive services à la mesure en cause.

3.2. Avant d'en venir à l'argumentation des parties, une ultime remarque quant au choix de la requérante d'invoquer l'article 16, relatif à la libre circulation de services, et non les articles 14 et 15, relatifs à la liberté d'établissement.

L'identification du lieu d'établissement d'une personne morale, pour la prestation d'un service donné, ne se confond pas avec celle de la localisation de son siège social – à savoir, pour la société Amazon, le Luxembourg. En effet, la directive définit l'établissement, conformément à la jurisprudence de la CJUE, comme l'exercice effectif d'une activité économique par le prestataire pour une durée indéterminée et au moyen d'une infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture de services est réellement assurée (article 4 sous 5). La libre circulation des services n'est donc pas en jeu dans le cas de vendeurs en ligne qui opèrent exclusivement à partir d'infrastructures logistiques situées en France. La société

¹⁵ C'est parce que la livraison constitue le mode de délivrance du produit vendu en ligne, au sens de l'article 1603 du code civil, que la Cour de cassation a jugé, dans son arrêt *Société Alapage* du 6 mai 2008 (n° 07-16.381, Bull. 2008, IV, n° 97), que la gratuité des frais de ports d'un livre acheté en ligne ne constitue pas une prime prohibée, au sens des dispositions de l'article L. 121-35 du code de la consommation et de l'article 6 de la loi Lang, la prime étant définie en droit commercial, comme un produit ou service accessoire venant s'ajouter au produit ou service offert à titre principal.

Amazon indique toutefois que 34% des livres vendus en France en 2022 l'ont été depuis des entrepôts situés dans un autre Etat-membre, et qu'elle transfère régulièrement ses stocks d'un entrepôt à l'autre, par-delà les frontières. En tout état de cause, certains vendeurs en ligne ne disposent d'aucune infrastructure en France – par exemple des librairies indépendantes établies dans un autre Etat-membre -, de sorte que l'invocabilité de l'article 16 ne fait guère de doute.

3.3. Une fois franchis ces premiers obstacles, vous vous trouverez confrontés à l'article 1^{er}, paragraphe 4 de la directive, qui précise que celle-ci « *ne porte pas atteinte aux mesures prises au niveau communautaire ou au niveau national, dans le respect du droit communautaire, en vue de la protection ou de la promotion de la diversité culturelle ou linguistique, ou du pluralisme des médias* ».

La ministre de la culture soutient que ces dispositions font obstacle à ce que la société Amazon puisse invoquer les dispositions de l'article 16 de la directives services, dès lors que l'arrêté attaqué et la loi du 30 décembre 2021 ont pour objet de promouvoir la diversité culturelle.

La Cour n'a jamais eu l'occasion d'éclairer la portée de l'article 1^{er}, paragraphe 4. Celle-ci n'est pas davantage éclairée par les considérants de la directive, qui se bornent à préciser que les mesures visées comprennent celles qui sont prises pour protéger ou promouvoir le financement de la diversité culturelle et linguistique et le pluralisme des médias (cons. 11).

Cette réserve fait écho à la protection de la diversité culturelle par les dispositions des articles 3, paragraphe 3 TUE et 167, paragraphe 4 TFUE et par l'article 22 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour de justice reconnaît qu'une politique culturelle peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à une liberté de circulation (3 mars 2011, Commission européenne, C-134/10, pt 44) et, par un arrêt *LIBRO* du 30 avril 2009 (C-531/07, pt. 44), elle a notamment rangé, parmi ces intérêts légitimes, la protection du livre en tant que bien culturel.

On peut envisager deux clés de lecture.

La première a été exposée par Nicholas Emiliou dans ses conclusions sur l'affaire *Cilevičs*, qui a donné lieu à un arrêt du 8 mars 2022 (gde ch. C-391/20), concernant une loi lettone imposant l'usage de la langue nationale dans les établissements d'enseignement supérieur. L'avocat général estimait que si la directive services s'applique, normalement, aux cours payants dispensés par les établissements privés d'enseignement supérieur, elle ne s'applique pas à une réglementation adoptée pour promouvoir et protéger la langue nationale. Ce qui ne dispenserait pas de vérifier la conformité de cette réglementation au droit primaire, et, plus particulièrement aux articles 49 et 56 TFUE, dès lors que l'exclusion prévue par la directive services ne s'applique qu'aux mesures qui sont prises « dans le respect du droit de l'Union ». La Cour n'a toutefois pas tranché cette question dans son arrêt, alors que la juridiction de renvoi l'avait uniquement interrogée quant à la conformité du droit national au droit primaire.

Si l'on devait suivre cette première grille de lecture, resterait à déterminer dans quelles conditions une mesure nationale pourrait échapper à l'examen au regard des dispositions de droit dérivé. L'on peut sans doute penser que lorsque les autorités d'un Etat-membre présentent une justification de cette nature, le juge national est tenu de vérifier que la mesure en cause peut effectivement être regardée comme propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi de promotion de la diversité linguistique ou culturelle, et, si tel est effectivement le cas, qu'il procède ensuite à l'examen de sa proportionnalité au regard des exigences du droit primaire.

Une autre clé de lecture envisageable serait de considérer que l'article 1^{er}, paragraphe 4 ne permet pas d'exclure les mesures en cause du champ d'application de la directive services, mais qu'il permet de justifier certaines exigences, qui, à défaut, tomberaient sous le coup de l'une des interdictions que cette directive édicte.

L'article 16, paragraphe 1 sous b) de la directive services restreint les intérêts susceptibles de justifier une restriction au droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis : il ne s'agit pas de l'ensemble des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles d'être invoquées sur le terrain du droit primaire, mais uniquement des raisons « *d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement* ». Si la Cour juge que les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, elle a précisé que ces motifs ne peuvent être invoqués qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société et ne sauraient, en outre, être détournés de leur fonction propre pour servir, en fait, à des fins purement économiques (en dernier lieu : 13 juillet 2023, Xella Magyarország Építőanyagipari Kft, C-106/22, pt 66). A notre connaissance, la Cour n'a, à ce jour, jamais été invitée à qualifier comme tel un motif d'ordre culturel.

Il nous semble toutefois qu'à défaut de conférer une portée autonome à l'article 1^{er}, paragraphe 4 de la directive services, selon la première clé de lecture proposée, il faut bien, sauf à priver cette disposition protectrice de tout effet utile, adopter une lecture combinée des articles en cause, et, soit inclure la promotion de la diversité culturelle parmi les raisons d'ordre public qu'un Etat-membre peut invoquer pour justifier une exigence relevant de l'article 16, soit remettre en cause le caractère limitatif de la liste des intérêts énumérés par cet article, voire même sa validité au regard du Traité, comme l'avait envisagé l'avocat général P. Cruz Villalon dans ses conclusions sur l'affaire *Duomo Gpa Srl* du 10 mai 2012 (C-357/10, pts 54 et 55). Et la Commission européenne a d'ailleurs proposé, dans son avis circonstancié déjà mentionné, de retenir une interprétation combinée à propos des dispositions jumelles de la directive sur le commerce électronique¹⁶.

Nous pensons donc nécessaire que vous interrogiez la Cour de justice quant à la faculté de mobiliser l'objectif de promotion de la diversité culturelle pour justifier une restriction à la libre prestation de services. Bien entendu, cette question, de principe, ne préjuge nullement du

¹⁶ Articles 1^{er}, paragraphe 6 et 3, paragraphe 4 de la directive 2000/31/CE.

résultat de l'examen que vous devriez mener, si la Cour devait juger que cette justification est invocable, pour apprécier, concrètement, la nécessité et la proportionnalité de la mesure en cause au regard de cet objectif, dont nous nous contenterons de dire, à ce stade, qu'il n'a rien d'évident.

4. La réponse à cette première question subordonne le sort du dernier moyen de la requête, qui est fondé sur l'invocation de la liberté de circulation des marchandises garantie par le TFUE.

4.1. Si la Cour de justice devait conclure à l'applicabilité de la directive, il ne nous semblerait pas illogique que vous puissiez vous contenter d'un examen de la mesure en cause à l'aune des dispositions de droit dérivé, et vous abstenir, dans l'hypothèse de leur conformité, d'un examen au regard du droit primaire.

La Cour n'a jamais autorisé, à notre connaissance, une telle économie de moyens. Mais si l'on en croit l'avocat général Nils Wahl (concl. sur l'arrêt du 24 septembre 2017, *Colegiul Medicilor Veterinari din Romania*, C-297/16), bien que la Cour n'ait pas explicitement dit pour droit que les règles nationales qui entrent dans le champ d'application tant de la directive services que des articles 49 et 56 TFUE devaient uniquement être examinées au regard des dispositions de la directive, l'arrêt *Rina Services* du 16 juin 2015 a exactement cet effet (préc., point 40). C'est également l'avis exprimé par M. Szpunar dans ses conclusions sur l'affaire *Airbnb Ireland UC* déjà mentionnée (préc. pt 209), qui le justifie par le fait que la directive s'analyse comme une mesure d'harmonisation, qui précise les principes régissant le fonctionnement du marché intérieur établis par le droit primaire. Et il est vrai que l'on constate que la Cour s'abstient, en pratique, d'examiner une restriction au regard du droit primaire si elle l'a déjà passée au tamis de la directive.

Il nous semblerait utile, à l'occasion de la présente affaire, de demander à la Cour de préciser l'office du juge national dans une telle configuration, étant relevé que la particularité du litige est que la requérante n'invoque pas, en l'espèce, les dispositions de droit primaire relatives à la libre circulation des services, mais celles qui sont relatives à la libre circulation des marchandises.

4.2. Si la Cour excluait, en revanche, l'application de cette directive, se poserait alors la question de l'identification de la liberté de circulation au regard de laquelle la mesure en cause doit être examinée.

Lorsqu'une mesure concerne à la fois des biens et des services¹⁷, comme en l'espèce, la Cour privilégie son examen au regard d'une seule liberté, sur la base d'un test dit de « centre de gravité », lorsqu'il s'avère, dans les circonstances de l'espèce, que l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée. Dans ce cadre, la Cour a tendance à traiter les affaires de vente au détail au regard de la libre circulation des marchandises, comme elle l'a fait, notamment, s'agissant de l'interdiction de vente en ligne

¹⁷ Pour une présentation synthétique des méthodes d'examen retenues par la Cour de justice, v. les concl. de M. Szpunar sur l'affaire *Visser* précitée, pt 87 et s., dont nous reprenons l'analyse.

de médicaments ou de lentilles de contact dans les arrêts déjà mentionnés *Deutscher Apothekerverband* et *Ker Optika*.

Pour autant, la société Amazon ne se plaint pas en l'occurrence d'un traitement désavantageux de l'importation de livres en provenance d'un autre Etat-membre, mais d'une restriction à laquelle seraient soumis les prestataires établis dans d'autres Etats-membres et opérant une activité de commerce en ligne de livres à destination de la France. Compte tenu des termes du débat, qui concernent les conditions d'exercice de l'activité de services davantage que celles de la circulation des biens, il ne serait donc pas injustifié, à nos yeux, de procéder à l'examen de la mesure en cause au regard des seules dispositions de l'article 56 TFUE. Compte tenu de son caractère inédit, cette faculté mérite, toutefois, d'être confirmée par la Cour.

PCMNC à ce que vous saisissiez la CJUE des questions préjudicielles suivantes :

- les dispositions de l'article 1^{er}, paragraphe 4 de la directive services doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles excluent du champ d'application de celle-ci des mesures nationales prises dans l'objectif de promouvoir et protéger la diversité culturelle ?
- à défaut, un tel objectif est-il susceptible de justifier, en application de l'article 16, paragraphe 1 de cette directive, qu'un Etat-membre subordonne à une exigence l'exercice d'une activité de services sur son territoire ?
- l'appréciation de la compatibilité d'une telle exigence avec les objectifs poursuivis par la directive services est-elle exclusive du même examen au regard du droit primaire ?
- si la mesure doit être appréciée au regard du droit primaire, doit-elle l'être au regard de la seule libre circulation des marchandises, de la libre prestation de services ou des deux ?