

La classification de services fournis par les plateformes en ligne en droit du marché intérieur

The classification of services provided by online platforms in internal market law

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL, *Professeur de droit européen et Directeur, Liège Competition and Innovation Institute, Université de Liège*

Online platforms – Internal market – Freedom to provide services – Collaborative economy – Digital Services Act

Online platforms have come to play an increasingly important role in our daily lives. As services providers, they have to abide by those legal obligations imposed or authorised in European Union law. In practice, those obligations are focused on regulating online intermediation activities. However, many online platforms also offer additional or supplementary services in a mixed service offering. This article will analyse the EU regulatory framework covering online intermediary services, prior to addressing the question of the classification of those mixed online platform services in EU internal market law.

Introduction

Les différentes plateformes en ligne ont véritablement conquis nos habitudes quotidiennes. Faute d'une définition contraignante et transverse inscrite dans le dispositif européen¹, la Commission a, depuis 2016, entretenu une définition de travail très générale des plateformes en ligne comme toute entreprise qui, par l'intermédiaire de l'Internet, met en relation au moins deux différents groupes d'utilisateurs au bénéfice d'au moins l'un de ces groupes². Son

champ englobe dès lors les réseaux sociaux, les moteurs de recherche, les plateformes de ventes en ligne et de l'économie collaborative³. Ces différents acteurs numériques constituent tous, d'une certaine manière, des intermédiaires qui utilisent l'Internet afin de mettre en relation plusieurs catégories de personnes⁴. À titre d'exemple, le réseau social LinkedIn met en relation des potentiels employeurs et travailleurs en mettant à la disposition de ces deux catégories d'utilisateurs un espace de

¹ Sur ce manque de définition, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne et droit de l'Union européenne – un cadre juridique aux multiples visages*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 27-31.

² Questionnaire de la Commission européenne relative aux plateformes en ligne, disponible sur <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>, p. 5, sur lequel est basée la Communication de la Commission européenne, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe*, COM(2016) 288 final, qui n'a pas explicitement repris cette définition. Pour une analyse plus globale, v. Q. CORDIER,

« L'économie de plateforme : description d'un phénomène d'intermédiation », in J. CLESE et F. KÉFER (dir.), *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, Liège, Anthemis, 2019, pp. 7-33.

³ P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne*, pp. 36-37. Sur l'économie collaborative et le droit de l'Union européenne, v. aussi M. LAMBRECHT, « L'économie des plateformes collaboratives », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2016/26 n° 2311-2312, p. 7 et V. HATZOPOULOS, *The collaborative economy and EU law*, Oxford, Hart 2018.

⁴ V. D. EVANS et R. SCHWALENSEE, *Matchmakers. The new economics of multisided platforms*, Cambridge, Harvard Business Review Press, 2016.



contact⁵. Le moteur de recherche Google permet aux particuliers de trouver certaines informations pertinentes et aux professionnels souhaitant vendre leurs produits ou services de faire de la publicité auprès de ces particuliers⁶. La plateforme Airbnb permet aux propriétaires d'offrir leurs chambres aux particuliers intéressés⁷. Vu que ces activités ne sont fournies que contre rémunération directe ou indirecte, elles sont toutes considérées comme des prestations de services en droit économique de l'Union européenne. Par conséquent, les activités des plateformes doivent se conformer aux exigences particulières qui ont été imposées ou autorisées par le droit de l'Union européenne.

Il s'ensuit que les dispositions du droit primaire et dérivé de l'Union européenne relatives aux services s'étendent aux activités de plateformes. Ces dispositions déterminent si la prestation de ces services peut être assujettie à une autorisation préalable, si les États membres doivent notifier la Commission européenne et quelles seront les exigences de transparence ou de communication existant dans le chef des différentes plateformes. Dans ce contexte, les activités d'intermédiation en ligne constituent avant

tout un exemple phare d'un service de la société de l'information qui a fait l'objet d'une harmonisation par la directive 2000/31⁸. Il ne doit dès lors pas étonner que le législateur de l'Union se soit focalisé directement sur cette catégorie dans son ambition de réglementer plus directement certaines activités des plateformes en ligne. Le règlement n° 2019/1150 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des plateformes limite son champ d'application matériel aux prestataires de services d'intermédiation en ligne⁹. De la même manière, le paquet de la Commission européenne proposant une nouvelle législation sur les services numériques du 15 décembre 2020 s'appuie directement sur une notion similaire et s'applique aux plateformes en tant que prestataires de services de la société de l'information sous la forme d'une intermédiation en ligne¹⁰. La première partie de cette étude exposera ce cadre juridique toujours en pleine construction (I).

Or les différentes plateformes en ligne cumulent souvent des activités et offrent de services complémentaires ou supplémentaires au-delà de l'intermédiation en ligne. À titre d'exemple, la plateforme Airbnb offre des services d'assurance, de paiements en ligne et de photographie aux propriétaires et locataires¹¹. De même, la plateforme Amazon non seulement met à la

⁵ <http://www.linkedin.com>; selon cette plateforme, « [n]otre mission est de connecter les professionnels du monde entier afin d'améliorer leur productivité et de les accompagner sur la voie de la réussite. Nos services sont conçus dans le but de promouvoir les opportunités économiques de nos membres en vous permettant, ainsi qu'à des millions d'autres professionnels, de vous rencontrer, d'échanger des idées, d'apprendre et de chercher des opportunités ou des employés, de travailler et de prendre des décisions dans le cadre d'un réseau de relations de confiance ».

⁶ <http://www.google.fr>; Google explique que « [n]ous fournissons une variété de services qui sont soumis aux présentes Conditions d'utilisation, notamment des applications et des sites (comme Google Search et Google Maps); des plateformes (comme Google Play); des services intégrés (comme Google Maps qui peut être incorporé dans les applications ou sites d'autres sociétés); des appareils (comme Google Home). Nos services sont conçus pour fonctionner ensemble, ce qui vous permet de passer plus facilement d'une activité à l'autre. Par exemple, Google Maps peut vous rappeler qu'il est l'heure de partir pour vous rendre à un rendez-vous enregistré dans Google Agenda ».

⁷ <http://www.airbnb.com>; selon ses conditions, « [l]a Plateforme Airbnb est une place de marché en ligne qui permet aux utilisateurs enregistrés (les "Membres") et à certains tiers qui proposent des services (les Membres et tiers qui proposent des services des "Hôtes" et les services qu'ils proposent sont des "Services d'Hôte") de publier ces Services d'Hôte sur la Plateforme Airbnb (les "Annonces") et de communiquer et traiter directement avec des Membres qui souhaitent réserver ces Services d'Hôte (les Membres qui utilisent des Services d'Hôte sont des "Voyageurs"). Les Services d'Hôte peuvent comprendre la location de logements pour des vacances ou autre usage (les "Hébergements"), des activités sur une ou plusieurs journées dans différentes catégories (les "Expériences"), un accès à des événements et lieux uniques (les "Événements"), ainsi que d'autres services variés, en lien ou non avec les voyages ».

⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») [2000] JO L178/1 (ci-après directive 2000/31).

⁹ Règlement n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne [2019] JO L186/57 (ci-après règlement n° 2019/1150).

¹⁰ Il est pourtant important à préciser que la notion de services d'intermédiation en ligne a été définie de manière différente. Dans le règlement n° 2019/1150, il s'agit de tout service de la société de l'information fourni sur la base de relations contractuelles et permettant aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs, que ces transactions soient ou non finalement conclues (article 2(2) du règlement n° 2019/1150). Le paquet propose une définition plus générale englobant tout service de la société de l'information qui consiste à transporter, stocker ou héberger des informations fournies par les utilisateurs (article 2(f) du paquet de législation sur les services numériques (Digital Services Act)). Ce projet est disponible (uniquement en anglais) sur https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en (ci-après, la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques).

¹¹ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland*, aff. C-390/18, EU:C:2019:1112, point 19.



disposition des biens des vendeurs, mais offre également des services de paiement et de livraison supplémentaires¹². Uber pour sa part non seulement permet un contact entre chauffeurs et clients, mais détermine aussi les modalités et le prix du transport offert et du paiement effectué dans ce cadre¹³. Google offre un large éventail de services au-delà de la mise en contact entre entreprises et clients potentiels effectuant une recherche en ligne¹⁴.

Au niveau de l'Union européenne, un grand nombre de ces services supplémentaires ont également fait l'objet d'une harmonisation législative particulière¹⁵. Bien que les différents morceaux ou volets distincts d'un même paquet de services mixtes fournis par une plateforme soient souvent identifiables et distinguables, la question est de savoir si la prestation de tout morceau individuel du service doit toujours correspondre aux exigences particulières reconnues dans les différents instruments d'harmonisation (application en parallèle) ou si les services accessoires suivront juridiquement le statut du service principal (accession d'un service à l'autre). Une application en parallèle aurait pour conséquence qu'une plateforme doit obtenir, le cas échéant, plusieurs autorisations préalables différentes avant de pouvoir offrir les différents morceaux de services. Cette application impliquera également que la plateforme en cause devra se conformer, pour tout morceau, aux différentes exigences de transparence et de notification qui relèvent des différents instruments du droit dérivé de l'Union européenne ou qui, en l'absence d'harmonisation, relèvent du droit primaire comme interprété par la Cour de justice, auquel le droit national doit se conformer. Dans le cas

¹² <http://www.amazon.fr> ; selon les conditions générales du site web, « Amazon Europe Core SARL, Amazon EU SARL et/ou leurs sociétés affiliées ("Amazon") vous fournissent des fonctionnalités de site internet et d'autres produits et services quand vous visitez le site internet Amazon.fr (le "site internet"), effectuer des achats sur le site Internet, utiliser des appareils, produits et services d'Amazon, utiliser des applications Amazon pour mobile, utiliser des logiciels fournis par Amazon dans le cadre de tout ce qui précède (ensemble ci-après, les "Services Amazon") ». Amazon vend tant ses propres produits stockés dans ses magasins que des produits de vendeurs utilisant Amazon comme intermédiaire en ligne.

¹³ CJUE, 20 décembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain, SL*, EU:C:2017:981 ainsi que CJUE, 10 avril 2018, *Uber France*, aff. C-320/16, EU:C:2018:221.

¹⁴ V. la description de l'offre de services par Google reprise *supra*, n. 6.

¹⁵ Pour un aperçu, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne*, pp. 117-144.

d'accession, une seule catégorie de dispositions, celle qui régit le service considéré comme service principal s'appliquera en principe uniquement à l'offre mixte concernée à l'exclusion des dispositions normalement tailées sur mesure du service accessoire. Or dans ce dernier cas, le législateur de l'Union a explicitement prévu d'importantes exceptions à ce principe dans le contexte des services de la société de l'information. La deuxième partie de notre étude a pour objectif d'exposer les critères de classification des services fournis par les plateformes en ligne et d'évaluer les différents scénarios d'application en parallèle et d'accession (II).

I. Plateformes en ligne comme prestataires de services d'intermédiation en ligne

En tant que prestataires de services, les différentes plateformes en ligne actives au sein du territoire du marché intérieur relèvent du droit de l'Union européenne (A). La principale activité qui distingue les plateformes d'autres prestataires de services est le fait qu'elles fournissent au moins partiellement des services d'intermédiation en ligne, une sous-catégorie des services de la société de l'information (B) dont la prestation doit correspondre aux exigences énoncées par plusieurs instruments de droit dérivé de l'Union européenne (C).

A. Plateformes en ligne comme prestataires de services

Il convient de rappeler que l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a consacré une libre prestation de services au sein du marché intérieur. Cette liberté accorde aux prestataires de services la possibilité de s'établir n'importe où sur le territoire des États membres de l'Union et d'offrir ces activités en conformité avec les exigences réglementaires que l'État membre impose à son égard. Une fois qu'il y est établi, ce prestataire de services pourra, à titre ponctuel, offrir ses services sur le territoire d'un autre État membre de l'Union, sans que l'État membre d'accueil ne puisse imposer des conditions restrictives qui ne soient pas justifiées par des objectifs d'intérêt général



préalablement autorisés et limités¹⁶. Si de tels objectifs peuvent être invoqués, l'État membre d'accueil doit encore s'assurer de l'aptitude et de la nécessité de la mesure nationale restrictive, qui doit être proportionnée à la réalisation de l'objectif d'intérêt général¹⁷. Les cours et tribunaux des États membres veillent au respect scrupuleux de ces conditions, sous l'autorité et avec l'aide de la Cour de justice de l'Union européenne et la procédure de question préjudicielle qui existe à cette fin.

L'article 57 du même traité définit un service comme « toute prestation normalement fournie contre rémunération » qui ne constitue pas une activité d'importation ou d'exportation de marchandises ou capitaux. Ces services peuvent comprendre les activités de caractère industriel, de caractère commercial, les activités artisanales ainsi que les activités des professions libérales. Dans la pratique, il est difficile d'imaginer quelle activité économique échapperait à cette définition très large de services¹⁸. Pour être considéré comme un prestataire de services, il est nécessaire de fournir les activités « contre rémunération ». La Cour de justice de l'Union européenne a défini la notion de rémunération comme la contrepartie économique de la prestation en cause¹⁹. Bien qu'une contrepartie soit ce qui distingue un service d'autres prestations, la Cour a confirmé qu'il n'est pas nécessaire « que le prestataire poursuive le but de réaliser un bénéfice »²⁰ en prestant cette activité. De surcroît, la rémunération ne doit pas être versée directement par le destinataire de la prestation concernée. Les prestations de soins de santé, notamment fournies par les hôpitaux, sont considérées comme des services même si elles sont partiellement ou totalement rémunérées par un

organisme de sécurité sociale²¹. La même chose vaut pour les services fournis en ligne²². Il pourrait également être argumenté que le paiement pour un service ne doit pas nécessairement avoir lieu en argent, mais peut également prendre la forme de l'octroi d'un accès à certaines données personnelles. Pour bénéficier des services de mise en relation que proposent les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux, certains utilisateurs non professionnels ne doivent pas verser une somme d'argent ou payer une contribution pour devenir membre du réseau qu'offre la plateforme²³. Or ces plateformes demandent généralement à cette catégorie d'utilisateurs de marquer leur accord avec la collecte et le traitement de leurs données personnelles liées à l'utilisation de cette plateforme dans l'objectif de les mettre en relation avec des professionnels souhaitant faire de la publicité envers eux. En l'absence de consentement de la part des utilisateurs, l'accès à et l'utilisation de la plateforme concernée est rendu difficile ou même impossible. Il est dès lors possible de qualifier ce consentement au traitement des données personnelles d'une contrepartie liée à l'utilisation d'une plateforme. Cette contrepartie relève du champ large de la notion de rémunération en droit de l'Union européenne²⁴.

Ces observations plus générales permettent de conclure que les activités des diverses plateformes en ligne relèvent du champ de la notion de prestation de service en droit du marché intérieur européen. La Cour de justice a confirmé indirectement que ces différents acteurs de mise en relation sont à considérer comme des prestataires de services dans le sens du droit de l'Union européenne. Des réseaux sociaux²⁵, moteurs de recherche²⁶, plateformes de ventes en ligne²⁷, de

¹⁶ V. article 62 du traité FUE.

¹⁷ Pour une analyse générale de ce schéma de raisonnement, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne – libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 221-270.

¹⁸ V. égal. C. BARNARD, *The Substantive Law of the European Union. The Four Freedoms*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 295-296.

¹⁹ CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, EU:C:1988:451, point 17 ; CJCE, 26 juin 2003, *Skandia et Ramstedt*, aff. C-422/01, EU:C:2003:380, point 23 ; CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, aff. C-76/05, EU:C:2007:492, point 38 ; CJCE, 11 septembre 2007, *Commission/Allemagne*, aff. C-318/05, EU:C:2007:495, point 67 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Jundt*, aff. C-281/06, EU:C:2007:816, point 29.

²⁰ CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, EU:C:2001:404, points 50 et 52.

²¹ CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, EU:C:2001:404, point 57. À titre d'exemple, CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré and van Riet*, aff. C-385/99, EU:C:2003:270, point 109.

²² Considérant 18 de la directive 2000/31.

²³ Les inscriptions auprès de Google, Facebook et YouTube sont en principe gratuites, au moins pour l'offre de base des services d'intermédiation offerts par ces plateformes.

²⁴ V. HATZOPOULOS et S. ROMA, « Caring for sharing? The collaborative economy and EU law », 54 *Common Market Law Review* (2017), p. 95, partageant cet avis.

²⁵ CJUE, 16 février 2012, *SABAM Netlog*, aff. C-360/10, EU:C:2012:85, point 17.

²⁶ CJUE, 23 mars 2010, *Google France*, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-28/08, EU:C:2010:159, point 23.

²⁷ CJUE, 2 décembre 2010, *Ker Optika*, aff. C-108/09, EU:C:2010:725, point 30 et CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal*, aff. C-324/09, EU:C:2011:474, point 109.



partage de contenus en ligne²⁸ et applications relevant de l'économie collaborative comme Uber²⁹ et Airbnb³⁰ ont déjà été reconnus comme fournissant, au moins partiellement et accessoirement, de services dans ce sens. Le droit de l'Union européenne réglementant les prestations de service s'applique dès lors aux activités de ces plateformes en ligne.

B. Intermédiation en ligne comme sous-catégorie de services de la société de l'information

Essentiellement, une plateforme fournit des services consistant à la mise en relation de deux groupes d'utilisateurs. Cette mise en relation prend la forme d'une intermédiation en ligne. Les activités d'intermédiation en ligne que proposent les différentes plateformes en ligne constituent des exemples des services de la société de l'information, qui ont fait l'objet d'une harmonisation particulière par la directive 2000/31 sur le commerce électronique. Cette directive avait pour objectif d'harmoniser l'accès au marché des prestataires de services de la société de l'information. Un tel service a été défini comme « *tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services* »³¹. Il est clair que des services fournis par l'intermédiaire de l'internet à la demande des professionnels ou consommateurs relèvent de cette définition. Cette conclusion est corroborée par les précisions législatives qui ont été ajoutées

à cette définition de base. Selon le législateur de l'Union européenne, « *à distance* » implique un service fourni sans que les parties ne soient simultanément présentes³². La notion de « *par voie électronique* » englobe tout service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.³³ Les services fournis par l'intermédiaire de l'internet y font intégralement partie. En revanche, tout service hors ligne échappe du champ de la notion de service de la société de l'information³⁴. « *À la demande individuelle* » fait référence à la transmission de données sur demande individuelle³⁵. Ces services comprennent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services³⁶. Ces dernières activités d'hébergement d'informations constituent l'essentiel des services d'intermédiation en ligne fournis par les différentes plateformes en ligne³⁷.

S'appuyant sur cette définition législative, la Cour de justice a effectivement confirmé, au moins indirectement que les différentes plateformes en ligne fournissent de services relevant *a priori* de la définition d'un service de la société de l'information³⁸. Il ne doit dès lors pas étonner que la directive 2000/31 a constitué un point de départ de toute initiative supplémentaire d'harmonisation d'exigences à respecter par les plateformes en ligne au sein du marché intérieur.

²⁸ V. les arguments faits dans le contexte de l'affaire pendante CJUE, *Demande de décision préjudicielle présentée par le Bundesgerichtshof (Allemagne) le 6 novembre 2018 – LF/Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, aff. C-682/18.

²⁹ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 35.

³⁰ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, points 48-49.

³¹ Art. 2 a) de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») [2000] JO L178/1 (ci-après directive 2000/31). Cet article fait référence à la définition de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE. Actuellement, cette définition se trouve à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information [2015] JO L241/1 (ci-après directive 2015/1535).

³² V. article 1(1) b) i) de la directive 2015/1535.

³³ V. article 1(1) b) ii) de la directive 2015/1535.

³⁴ Article 2 (h) (ii) de la directive 2000/31.

³⁵ V. article 1(1) b) iii) de la directive 2015/1535.

³⁶ Considérant 18 de la directive 2000/31.

³⁷ Au moins selon l'article 2, sous f et h de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

³⁸ V. CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 35 et CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, points 48-49.



C. Intermédiation en ligne comme service dont la prestation est directement reconnue et réglementée en droit dérivé

Les services d'intermédiation en ligne ont, en tant que tels, fait l'objet de diverses harmonisations supplémentaires au niveau de l'Union européenne. Le cadre de base est toujours la directive 2000/31 (1), qui a été complétée par des exigences protégeant les entreprises utilisatrices des plateformes (2) et des plateformes de partage de contenus en ligne (3) et qui sera d'autant plus mise à jour par le règlement mettant en œuvre le paquet pour les services numériques (4). L'objectif de ces précisions plus récentes a été de garantir plus de transparence et d'équité dans le traitement des entreprises professionnelles qui font usage des services d'intermédiation en ligne fournis par des plateformes³⁹. Elles s'inscrivent directement dans une politique que mène la Commission européenne depuis 2015 qui est d'identifier et d'étudier les vides juridiques qui existent dans l'ensemble du cadre juridique applicable aux plateformes avant de les combler⁴⁰. Ce cadre de droit actuel et prospectif a pour objectif apparent de réglementer tout service fourni en ligne par des plateformes (5).

1. Accès au marché, transparence et exonération de responsabilité dans le cadre de la directive 2000/31

La directive 2000/31 édicte que les prestataires de services de la société de l'information – y compris les services d'intermédiation en ligne – bénéficient d'un régime de libre prestation de services s'ils sont établis dans le territoire de l'un des États membres de l'Union. D'autant plus, tout prestataire établi au sein de l'Union doit respecter certaines exigences de base de transparence et, en contrepartie, bénéficiera d'une exonération de responsabilité pour la distribution de contenus illégaux dont il n'est pas l'auteur.

L'article 3 de la directive 2000/31 dispose que l'État membre d'établissement du prestataire du

service de la société de l'information est compétent à réglementer l'ensemble des activités de prestation de ces services au sein de l'Union européenne, mais ne peut pas imposer d'autorisation préalable à l'exercice de ces activités⁴¹. À partir de cet État membre d'établissement, une libre prestation des services de la société de l'information au sein tout autre État membre est garantie. Tout autre État membre qui accueille des services fournis par ce prestataire ne dispose d'une compétence limitée dans ce domaine. D'éventuelles mesures prises par l'État membre d'accueil doivent être nécessaires pour l'ordre public, la protection de la santé publique, la sécurité publique, ou la protection des consommateurs, y compris des investisseurs⁴². De surcroît, elles ne peuvent être prises qu'à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés ci-dessus ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs et doivent être proportionnées à ces objectifs⁴³. La Cour n'a pas encore confirmé si ces mesures peuvent prendre la forme d'une réglementation d'applicabilité générale ou d'un arrêté taillé sur mesure d'un prestataire particulier ou service particulier⁴⁴. L'État membre d'accueil concerné, avant de prendre toute mesure et sans préjudice de toute procédure judiciaire, doit demander à l'État membre d'établissement de prendre des mesures si ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes et doit notifier à la Commission et à l'État membre d'établissement son intention de prendre de telles mesures. En l'absence d'une telle notification,

⁴¹ Art. 4 de la directive 2000/31.

⁴² Art. 3 4^e al. sous a) i) de la directive 2000/31. Dans une communication interprétative, la Commission européenne a ajouté l'explication suivante : l'article 3(4) ne couvre pas toutes les raisons que la Cour a identifiées dans le contexte des [articles 52 et 62] du Traité pour justifier une restriction justifiée par la défense de l'intérêt général. Il n'identifie en effet, outre les motifs couverts par l'article 46 du Traité (ordre public, sécurité publique et santé publique), qu'un seul des objectifs susceptibles, pour la Cour, de justifier des atteintes à la libre circulation des services. Cet objectif est la protection des consommateurs y compris des investisseurs. Le caractère limitatif et exhaustif de cette liste exclut que certains des objectifs reconnus d'intérêt général par la Cour, comme par exemple la défense de la bonne réputation du secteur financier, puissent justifier des mesures prises sur la base de l'article 3(4), sauf dans les cas où ces mesures auraient en fait pour objectif la protection du consommateur, v. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne – L'application aux services financiers des articles 3.4 à 3.6 de la directive sur le commerce électronique, COM(2003) 259 final, point 2.1.1.

⁴³ Art. 3 4^e al. sous a) ii) et iii) de la directive 2000/31.

⁴⁴ Art. 3 4^e al. sous b) de la directive 2000/31.

³⁹ Pour un aperçu des obligations et leur impact sur l'organisation des plateformes en ligne, v. A. BEELEN, C. CHARLIER et J. VIGNERON, *Guide pratique des plateformes en ligne en 20 legal designs commentés*, Bruxelles, Larcier, 2021, 246 p.

⁴⁰ La Communication de la Commission européenne, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, COM(2015) 192 final sert comme point de départ.



les mesures prises ne seront pas opposables aux prestataires de services concernés⁴⁵.

La directive demande que des moyens à identifier le prestataire soient fournis⁴⁶, que la conclusion des contrats par voies électroniques ne soit pas impossible et que des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles soient à la disposition des destinataires du service, permettant ces derniers d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande⁴⁷. En contrepartie, les prestataires des services de la société de l'information bénéficient essentiellement un régime d'exonération de responsabilité pour des contenus distribués par leur intermédiaire. Des activités de simple transport des contenus, du stockage automatique et temporaire de ces données ou des activités d'hébergement plus stable des données bénéficient toutes d'une exonération de responsabilité dans le chef des prestataires de services, aussi longtemps que ce prestataire n'est pas à l'origine de l'information, ne la modifie pas et n'a pas connaissance des contenus illicites⁴⁸. Les différentes plateformes en ligne au moins transportent des contenus fournis par d'autres utilisateurs. Or dans la plupart des cas, elles hébergent et gardent ces informations. À titre d'exemple, le moteur de recherche Google assure le transport des contenus liés à d'autres sites web lors d'une recherche par son intermédiaire. En même temps, elle héberge également ces informations sur ses serveurs pour que les résultats des recherches restent disponibles⁴⁹. De cette manière, pour bénéficier d'une exonération, Google, comme la plupart des plateformes en ligne, devrait respecter avant tout les conditions de l'article 14 de la directive. Selon la directive, la plateforme ne sera pas responsable des contenus illicites hébergés par son intermédiaire si le prestataire n'a pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'a pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente et si le prestataire,

dès le moment où il a de telles connaissances, agit promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible⁵⁰. Cette disposition n'implique pas une obligation d'organiser une surveillance générale des contenus distribués par l'intermédiaire d'une plateforme⁵¹. Le fait qu'avoir une connaissance des contenus illégaux aurait pour conséquence la perte de l'exonération de responsabilité extra-contractuelle a empêché que les plateformes en ligne comme YouTube soient intervenues plus directement dans le contrôle et filtrage des contenus.

2. Exigences de transparence vis-à-vis des entreprises utilisatrices grâce au règlement n° 2019/1150

Le règlement n° 2019/1150 impose aux prestataires de services d'intermédiation en ligne des obligations particulières de transparence vis-à-vis des entreprises professionnelles utilisatrices de la plateforme. Puisque ces entreprises ne bénéficient pas de la protection des dispositions européennes relatives à la protection des consommateurs, le législateur de l'Union a estimé nécessaire une intervention réglementaire supplémentaire dans les relations contractuelles « platform-to-business » ou « P2B ». Le règlement n° 2019/1150 s'étend aux services d'intermédiation en ligne. Cette notion a été définie comme tout service de la société de l'information qui permet aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs, que ces transactions soient ou non finalement conclues et qui est fourni aux entreprises utilisatrices sur la base de relations contractuelles entre le fournisseur de ces services et les entreprises utilisatrices qui offrent des biens ou services aux consommateurs⁵². La définition retenue n'englobe pas nécessairement les moteurs de recherche, puisqu'elles ne facilitent pas toujours des transactions directes entre professionnels et entreprises. Le règlement s'étend dès lors également explicitement à cette catégorie de plateformes en ligne⁵³. En

⁴⁵ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 98, préc.

⁴⁶ Art. 5 de la directive 2000/31.

⁴⁷ Art. 9-11 de la directive 2000/31.

⁴⁸ Art. 12-15 de la directive 2000/31.

⁴⁹ Comme la Cour l'a confirmé dans un autre contexte, CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, EU:C:2014:317, point 21.

⁵⁰ Art. 14 1^{er} al. de la directive 2000/31.

⁵¹ Art. 15 1^{er} al. de la directive 2000/31.

⁵² Art. 2(2) du règlement n° 2019/1150.

⁵³ Cons. 4 et 8 et art. 1^{er} 2^e al. du règlement n° 2019/1150.



revanche, les plateformes de partage de contenu en ligne restent exclues du champ de ce règlement, au moins en ce qui concerne la mise à la disposition de tels contenus⁵⁴. Les différents prestataires concernés doivent également s'orienter vers l'Union européenne pour relever géographiquement du règlement⁵⁵.

Plus concrètement, le règlement n° 2019/1150 impose cinq catégories d'obligations complémentaires de transparence aux fournisseurs de services d'intermédiation en ligne. Premièrement, le règlement exige que les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne veillent à ce que l'identité de l'entreprise utilisatrice qui fournit les biens ou services sur les services d'intermédiation en ligne soit bien visible⁵⁶. Deuxièmement, il impose des exigences aux conditions générales que les prestataires de services d'intermédiation en ligne emploient dans leurs relations professionnelles avec les entreprises utilisatrices de leurs services. À titre d'exemple, les conditions générales doivent définir les motifs des décisions de suspension, de résiliation ou d'imposition de toute autre restriction, en tout ou partie, de la fourniture de leurs services d'intermédiation en ligne à des entreprises utilisatrices⁵⁷. Des conditions générales qui ne respectent pas ces exigences seront considérées comme nulles et non avenues⁵⁸. Troisièmement, le règlement dispose que toute restriction, suspension ou résiliation par le prestataire d'un service d'intermédiation en ligne d'une entreprise utilisatrice doit faire l'objet d'une décision exposant les motifs de cette restriction, suspension ou résiliation. L'exposé contient une référence aux faits ou aux circonstances spécifiques, y compris le contenu des signalements émanant de tiers, qui ont conduit à la décision du fournisseur de services d'intermédiation en ligne, ainsi qu'une référence aux motifs applicables à cette décision visés obligatoirement dans les conditions générales du prestataire du service d'intermédiation en ligne⁵⁹. Quatrièmement, une transparence augmentée est requise. Dans les conditions générales doit figurer une description de tout traitement différencié qu'ils accordent, ou pourraient

accorder, en relation avec des biens ou services proposés aux consommateurs par le biais de ces services d'intermédiation en ligne par, d'une part, soit le fournisseur lui-même, soit toute entreprise utilisatrice contrôlée par ce fournisseur et, d'autre part, d'autres entreprises utilisatrices⁶⁰. Cinquièmement, une description de l'accès technique et contractuel, ou de l'absence d'un tel accès pour les entreprises utilisatrices, à toute donnée à caractère personnel ou à d'autres données doit être fournie. Ces exigences s'ajoutent aux obligations plus générales qui découlent de l'application du règlement général sur la protection des données (RGPD) et d'autres instruments relatifs à la protection des données à caractère personnelles⁶¹. Des mécanismes de règlement de conflits doivent également être fournis⁶².

3. Exigences particulières dans le contexte de la prestation de services de partage de vidéos et contenus en ligne

La directive 2018/1808 impose des exigences supplémentaires aux prestataires de services de partage de contenus audiovisuels comme YouTube⁶³. Un tel service est défini par la directive comme tout service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service ou une fonctionnalité essentielle du service est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer, par le biais de réseaux de communications électroniques, et dont l'organisation est déterminée par le fournisseur de la plateforme de partage de vidéos,

⁶⁰ Art. 7 du règlement n° 2019/1150.

⁶¹ Art. 9 du règlement n° 2019/1150. Y compris la directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil [2016] JO L112/89.

⁶² Art. 11-13 du règlement n° 2019/1150.

⁶³ À cette fin, la directive modifie la directive 2010/13 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels) [2010] JO L95/1.

⁵⁴ Art. 2(2) du règlement n° 2019/1150.

⁵⁵ Pour une élaboration de ce critère, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne*, pp. 166-171.

⁵⁶ Cons. 21 du règlement n° 2019/1150.

⁵⁷ Art. 3 du règlement n° 2019/1150.

⁵⁸ Art. 3(3) du règlement n° 2019/1150.

⁵⁹ Art. 4 du règlement n° 2019/1150.



à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquençement⁶⁴. Parmi d'autres exigences⁶⁵, les prestataires de ces services doivent veiller à ce que des mécanismes transparents et conviviaux soient mis en place permettant aux utilisateurs d'une plateforme de partage de vidéos d'indiquer ou de signaler au fournisseur de la plateforme de partage de vidéos qui ne respectent pas les exigences prescrites ainsi que des systèmes permettant aux fournisseurs de plateformes de partage de vidéos d'expliquer aux utilisateurs de ces plateformes quelle suite a été donnée aux indications et aux signalisations et permettant de vérifier l'âge des utilisateurs des plateformes de partage de vidéos en ce qui concerne les contenus susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs⁶⁶. Ces exigences s'ajoutent à celles inscrites dans la directive 2000/31⁶⁷.

En outre, la directive 2019/790 relative au droit d'auteur dispose qu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne (comme YouTube ou Netflix) effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs⁶⁸. Par conséquent, ce fournisseur doit obtenir une autorisation des titulaires de droits d'auteur des contenus distribués, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés⁶⁹. Ces exigences s'imposent à tout fournisseur de services de partage de contenus. Un tel service est défini comme tout service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante

d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives⁷⁰.

4. Futures exigences complémentaires proposées par le paquet pour les services numériques

Le paquet proposant un nouveau règlement sur les services numériques s'appuie également sur la notion de services d'intermédiation en ligne. Le projet de règlement définit ces services comme des services de simple transport, stockage temporaire ou hébergement plus stable des informations fournis par des utilisateurs de ces services⁷¹. Selon la Commission européenne, il s'agirait des services d'accès à l'Internet et d'enregistrement de noms de domaine, des services en nuage et d'hébergement en ligne, mais aussi des services des plateformes en ligne réunissant vendeurs et consommateurs, telles que les places de marché en ligne, les boutiques d'applications, les plateformes de l'économie collaborative et les plateformes de réseaux sociaux⁷². Le paquet fournit une définition précise de plateforme en ligne à cet égard. Est considéré comme une plateforme, tout prestataire d'un service d'hébergement qui, à la demande du destinataire du service, stocke et communique au public des informations fournies par ce destinataire⁷³. Si ces services sont fournis au sein de l'Union européenne, les exigences du paquet relatif aux services numériques s'appliquent à leur égard⁷⁴.

S'il entre en vigueur, le paquet comme proposé par la Commission européenne imposera une cascade d'exigences réglementaires qui s'imposent à tout prestataire de services d'intermédiation en ligne, aux services d'hébergement, aux activités de plateformes en ligne et aux activités de très grandes plateformes en ligne. Vu

⁶⁴ Art. 1^{er} 1 a) *bis* de la directive 2010/13 modifié par la directive 2018/1808.

⁶⁵ Pour un aperçu plus complet, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne*, pp. 345-349.

⁶⁶ Art. 28^{ter} (3) (d) de la directive 2010/13 modifié par la directive 2018/1808.

⁶⁷ Art. 4 (7) de la directive 2010/13.

⁶⁸ Art. 17 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE [2019] JO L130/92 (ci-après directive 2019/790). Un recours en annulation a été entamé le 24 mai 2019 contre cette disposition, v. CJUE, affaire pendant *Pologne/Parlement et Conseil*, aff. C-401/19.

⁶⁹ Art. 17 1^{er} al. de la directive 2019/790.

⁷⁰ Art. 2(6) de la directive 2019/790.

⁷¹ Art. 2 (f) de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁷² À cet égard, v. les explications fournies par la Commission sur https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_fr.

⁷³ Art. 2(h) de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques (*a provider of a hosting service which, at the request of a recipient of the service, stores and disseminates to the public information*).

⁷⁴ Art. 1^{er} (3) de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.



que les plateformes relèvent également de la définition des services d'intermédiation et de services d'hébergement, ces exigences appliqueront également à leur égard. Un régime coordonné de mise en œuvre dans le chef des différentes autorités nationales de surveillance est également envisagé⁷⁵. Sur le plan du droit matériel, le paquet propose cinq catégories d'exigences.

Premièrement, tous les prestataires de services d'intermédiation bénéficieront d'un cadre d'exonération de leur responsabilité qui est plus à jour par rapport à l'usage augmenté des plateformes. Comme dans le régime de la directive 2000/31, qu'il remplacera⁷⁶, le règlement prévoit une exonération de la responsabilité des prestataires de services d'intermédiation en ligne pour toute information illégale transmise ou stockée sur leurs réseaux⁷⁷. Le régime mis sur pied par la directive 2000/31 avait donné naissance à une insécurité juridique importante à cet égard, puisque la directive semblait supprimer le bénéfice de l'exonération de responsabilité une fois que le fournisseur de services avait joué un rôle actif dans la découverte ou la suppression de contenus illégaux. Le projet de règlement dispose clairement que les prestataires de services intermédiaires ne seront pas considérés comme inéligibles aux exonérations de responsabilité parce qu'ils mènent des enquêtes volontaires de propre initiative ou d'autres activités visant à détecter, identifier et supprimer ou désactiver l'accès à des contenus illégaux, ou dans l'objectif de prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences du droit de l'Union⁷⁸. Comme c'est déjà le cas à l'heure actuelle, aucune obligation générale de surveiller les informations que les prestataires de services d'intermédiation en ligne transmettent ou stockent, ni de rechercher activement des faits ou des circonstances indiquant une activité illégale n'est imposée à ce temps⁷⁹.

Deuxièmement, les prestataires de services d'intermédiation devront respecter des exigences

de transparence supplémentaires. Ils devront communiquer sur leur site un point de contact unique. Au cas où un prestataire n'est pas établi dans l'UE, un représentant légal dans l'un de ses États membres⁸⁰. De surcroît, les conditions générales doivent contenir des informations sur les politiques, procédures, mesures et outils utilisés à des fins de modération de contenu, y compris la prise de décision algorithmique et l'intervention humaine dans ces processus. Ces informations devront être rédigées dans un langage clair et sans ambiguïté et seront accessibles au public dans un format facilement accessible⁸¹. Un rapport annuel sur les pratiques de gouvernance (y compris des pratiques de modération du contenu) devra être publié⁸².

Troisièmement, le projet consacre des exigences plus précises que doivent respecter aux prestataires de services d'hébergement. Ces prestataires devront mettre en place des mécanismes de notification et d'action⁸³. À cette fin, des mesures devront être présentes permettant de supprimer des contenus illégaux. Le prestataire devra prendre une décision motivée lorsqu'il décidera de désactiver ou de supprimer un tel contenu. Les destinataires des informations devront pouvoir informer le prestataire du service d'hébergement de tout contenu illégal⁸⁴.

Quatrièmement, des exigences supplémentaires ciblant toute plateforme en ligne comme définie ci-dessus ont été envisagées par la Commission européenne. Dans ce cadre, les plateformes devront prévoir un mécanisme interne de traitement des plaintes, seront censées répondre aux demandes de désactivation ou de suppression d'informations soumises par des entités qualifiées de signaleurs de confiance, accepter de suspendre les informations et participer à des enquêtes pour déterminer si une utilisation abusive des demandes de suspension ou éloignement a été faite, participer à un système de règlement extrajudiciaire des litiges certifié, informer les autorités lorsqu'elles soupçonnent

⁷⁵ Art. 38-68 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁷⁶ Art. 71(1) de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁷⁷ Art. 3-5 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁷⁸ Art. 6 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁷⁹ Art. 7 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸⁰ Art. 1^{er}-11 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸¹ Art. 12 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸² Art. 13(1) de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸³ Art. 14 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸⁴ Art. 15 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.



des infractions pénales et assurer la traçabilité de tout professionnel proposant des biens ou des services par leur intermédiaire⁸⁵. Elles devront également être transparentes en ce qui concerne les résultats de recherche ou les affichages d'informations qui sont en fait des publicités⁸⁶.

Cinquièmement, les plateformes en ligne qui fournissent leurs services d'hébergement à un nombre de bénéficiaires actifs mensuels moyens du service dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions sont considérées comme de très grandes plateformes en ligne⁸⁷. Ces plateformes devraient effectuer des évaluations de risque supplémentaires et mettre en place des stratégies d'atténuation des risques⁸⁸. De plus, elles seront obligées également donner aux autorités des États membres l'accès à ces données afin de vérifier le respect de ces obligations⁸⁹.

5. Un cadre applicable à tout service d'intermédiation en ligne ?

La notion de service de la société de l'information et sa sous-catégorie de service d'intermédiation en ligne ont permis au législateur de l'Union européenne de mettre sur pied un cadre réglementaire ciblant directement les différentes plateformes en ligne. Selon les communications de la Commission européenne, le règlement n° 2019/1150 a pour vocation de s'appliquer à l'ensemble des plateformes offrant des services d'intermédiation en ligne aboutissant à la conclusion de transactions contractuelles entre des entreprises utilisatrices et des consommateurs à l'exception des services de paiement en ligne⁹⁰. La même conclusion vaut pour le paquet relatif aux services numériques qui s'étend à tout prestataire de services d'intermédiation en ligne. Selon la Commission, tous les intermédiaires en ligne offrant leurs services au sein du marché unique, qu'ils soient établis dans l'UE

ou en dehors de celle-ci, devront se conformer aux nouvelles règles⁹¹. Dès qu'une intermédiation en ligne fait partie de l'offre du prestataire, ces réglementations semblent s'appliquer aux activités concernées.

À cet égard, les différents instruments et propositions assument d'une certaine manière que les services d'intermédiation ou d'hébergement sont toujours dissociables d'autres services également fournis par des plateformes en ligne et peuvent dès lors faire l'objet d'une réglementation taillée sur leur mesure, éventuellement en parallèle avec d'autres dispositions du droit de l'Union européenne applicables à d'autres morceaux d'une même offre mixte de services. Le paquet pour les services numériques indique explicitement qu'il s'étend uniquement à des services d'intermédiation et pas à des services qui tombent en dehors du champ de cette notion ou à des exigences imposées par rapport à la prestation de ces derniers services, même s'ils sont fournis à travers une activité d'intermédiation en ligne⁹². Cet énoncé donne à penser que l'intermédiation est toujours dissociable de tout autre service fourni même grâce à son existence et que l'application du paquet peut facilement se limiter au volet « intermédiation » d'un paquet de plusieurs services.

Cette conviction apparente dans le chef de la Commission européenne semble aller à l'encontre d'une jurisprudence de la Cour de justice, qui dans les affaires portant sur Uber notamment, est arrivée à la conclusion qu'un service d'intermédiation accessoire et indissociablement lié à un autre service (hors ligne) ne peut pas être qualifié de service de la société de l'information relevant de la directive 2000/31⁹³. Malgré la nature exceptionnelle de cette situation, un tel service ne constitue dès lors pas non plus un service d'intermédiation en ligne, vu que la classification de service de la société de l'information en constitue une précondition⁹⁴. Par conséquent,

⁸⁵ Art. 18-23 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸⁶ Art. 24 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸⁷ Art. 25 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸⁸ Art. 26-30 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁸⁹ Art. 31 de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.

⁹⁰ V. considérant 11 du règlement n° 2019/1150. Selon ce considérant, les services de paiement en ligne sont essentiellement des auxiliaires de la transaction pour la fourniture de biens et services aux consommateurs concernés. Les exigences du règlement ne s'étendent qu'aux services principalement ciblant des relations contractuelles entre professionnels et consommateurs.

⁹¹ Proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques, p. 7.

⁹² Art. 1^{er} (4) de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques (*this Regulation shall not apply to any service that is not an intermediary service or to any requirements imposed in respect of such a service, irrespective of whether the service is provided through the use of an intermediary service*).

⁹³ CJUE, 20 décembre 2017, C-434/15, *Elite Taxi*, points 38-40.

⁹⁴ Pour cet argument déjà, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, « Will Deliveroo and Uber be captured by the proposed EU platform Regulation? You'd better watch out... », *European Law Blog* (2019), <https://european-lawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>.



il ne relèverait pas des champs du règlement 2019/1150 et, dans sa forme actuelle, du règlement proposé par le paquet sur les services numériques.

À la lumière de cette observation, il nous semble utile et nécessaire à étudier en plus de détail la jurisprudence relative à la classification de services mixtes et de vérifier quel serait l'éventuel impact de cette jurisprudence sur l'applicabilité aux services mixtes du cadre juridique taillé sur mesure des activités d'intermédiation en ligne.

II. La classification de services mixtes : application en parallèle ou accession ?

À première vue, l'existence d'un cadre juridique taillé sur mesure des services d'intermédiation en ligne permet de capter les activités de l'ensemble de plateformes en ligne au sein du marché intérieur. Or dans la pratique, l'existence de ce cadre ne tient pas toujours explicitement compte du fait que la plupart des plateformes offrent de services supplémentaires ou complémentaires aux utilisateurs. Cette offre cumulée de différents services n'implique pas automatiquement qu'une application en parallèle des dispositions de droit de l'Union européenne s'impose toujours. La jurisprudence récente de la Cour de justice dans les affaires portant sur Uber et Airbnb permet de distinguer des scénarios qui aboutissent soit à une application en parallèle des règles de droit de l'Union relatives aux différents morceaux de l'offre mixte concernée, soit à une accession du service accessoire (d'intermédiation en ligne ou d'activité hors ligne) au statut juridique du et règles relatives au service principal. Après avoir identifié ces scénarios autour d'une évaluation du caractère dissociable ou indissociable des différents services fournis (A), cette partie de notre étude aborde la question de l'application en parallèle ou de l'accession dans le contexte des prestations mixtes (B). Cette analyse permet de mieux cerner l'impact que peut avoir l'offre de services mixtes sur l'applicabilité et l'application du cadre juridique ciblant les plateformes en ligne comme exposé dans la première partie de cette étude (C).

A. L'évaluation du caractère dissociable ou indissociable de différents services dans le cadre d'une offre mixte

La classification d'une offre mixte de services fournis par une plateforme en ligne porte essentiellement sur la question de savoir si les différents services faisant partie de cette offre se présentent, dans le contexte spécifique de l'offre en cause, comme dissociables ou indissociablement liés. Cette évaluation permettra d'établir l'intensité des liens entre les différents services fournis et d'arriver à la conclusion qu'une application en parallèle ou une accession s'impose dans le cas en l'espèce. Dans sa jurisprudence portant sur Uber et Airbnb, la Cour de justice a proposé des indices permettant d'identifier dans quelle mesure des services faisant partie d'une même offre mixte sont dissociables ou indissociablement liés l'un à l'autre.

La jurisprudence permet de conclure que le caractère dissociable ou indissociable d'un service d'intermédiation en ligne est évalué au cas par cas, en vue d'une analyse globale des objectifs et activités de la plateforme concernée. Deux questions, qui ne doivent pas nécessairement être répondues affirmativement dans tous les cas⁹⁵, structurent cette analyse. D'une part, la Cour analysera si la plateforme a pour objectif explicite d'organiser directement l'offre des services au-delà d'une intermédiation en ligne, ce qui peut – mais ne doit pas – avoir pour conséquence de créer, à cet égard, une nouvelle offre qui n'existait pas auparavant⁹⁶. Une telle analyse donne à penser que les plateformes sont censées fournir des services d'intermédiation en ligne à titre principal⁹⁷. D'autre part, il sera évalué également si la plateforme exerce une influence décisive sur les modalités de prestation de ces services dépassant le cadre d'intermédiation⁹⁸. Ces questions ne constituent que des points de départ permettant une évaluation globale au cas par cas qui vise à déterminer les rapports qui existent entre la prestation d'un

⁹⁵ À cet égard, P. VAN CLEYNENBREUGEL, « Airbnb Ireland: accommodating online platforms' freedom to provide services through the incidental effect backdoor? », *57 Common Market Law Review* (2020), pp. 1216-1218.

⁹⁶ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 39 et CJUE, 19 décembre 2019, C-390/18, *Airbnb*, point 55.

⁹⁷ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 34.

⁹⁸ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 39 et CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 56.



service d'intermédiation et d'autres services faisant partie de l'offre de la plateforme.

Il en résulte de cette analyse que l'offre de services d'intermédiation en ligne peut avoir lieu à titre principal ou à titre accessoire. Dans ces deux hypothèses, les différents services mixtes peuvent se montrer dissociables l'un à l'autre ou indissociablement liés.

La première et principale hypothèse porte sur l'offre de services d'intermédiation en ligne à titre principal accompagnée d'autres services en ligne ou hors ligne à titre subsidiaire. Dans ce cadre, deux scénarios différents sont à envisager : les services accessoires sont dissociables ou indissociablement liés à la prestation du service d'intermédiation principal. Des services dissociables sont d'une telle nature que la prestation de l'un des services pourra se découpler profitablement de l'autre. Dans la mesure où tout morceau de l'offre mixte pourrait théoriquement être fourni de manière concurrentielle et profitable par un autre prestataire de services, qui peut concurrencer son offre avec l'offre de la plateforme, le caractère dissociable est censé être établi selon la Cour de justice⁹⁹. De tels services, bien que fournis par la plateforme, ne font pas indispensablement partie de l'offre du paquet de services d'intermédiation en ligne, raison pour laquelle il est à imaginer qu'un autre prestataire pourrait les offrir de manière concurrentielle avec la plateforme concernée. Ces services offerts par la plateforme sont dès lors dissociables de et supplémentaires à son offre principale de services d'intermédiation. Deuxièmement, des services accessoires pourraient faire partie d'une offre globale de services d'intermédiation dans le cadre de laquelle la prestation indépendante de ces services accessoires n'aurait aucun sens d'un point de vue économique. Par conséquent, ces services ne seront jamais offerts indépendamment de la prestation du service principal. De tels services sont dès lors, dans les circonstances particulières de l'offre mixte concrète, indissociablement liés à l'offre du service principal.

La Cour a identifié simultanément les deux scénarios dans le chef de la plateforme Airbnb. Dans son arrêt de décembre 2019, la Cour a

⁹⁹ Comme le confirme l'avocat général SZPUNAR dans ses conclusions du 30 avril 2019 dans l'affaire C-390/18, *Airbnb*, EU:C:2019:336, points 71-78.

conclu qu'Airbnb n'a ni pour objectif d'offrir elle-même un service de location de biens immobiliers, ni pour ambition d'intervenir directement dans les modalités, y compris les loyers, de la prestation du service immobilier fourni grâce à l'intermédiation offerte par ses soins¹⁰⁰. Selon la Cour, ces éléments permettent de confirmer que l'activité principale de la plateforme Airbnb se limite à des activités d'intermédiation en ligne. Or il a été établi également qu'Airbnb offre d'autres services d'évaluation par les utilisateurs, des services de paiement en ligne, d'assurance et de garantie, d'estimation de prix de loyers et de photographie en vue de publier une annonce sur son application¹⁰¹. Ces différents services se joignent au service principal qui est de mettre en relation propriétaires et hôtes¹⁰². D'une part, cette plateforme offre la possibilité aux propriétaires de faire appel à ses services de gestion de biens immobiliers¹⁰³. De la même manière, les propriétaires peuvent utiliser un service optionnel de photographie, dans le cadre duquel la plateforme organise la prise de photos par un photographe professionnel et dans l'objectif de mettre ces photos dans l'annonce sur la plateforme¹⁰⁴. Tout propriétaire reste libre à ajouter ses propres photos. Ces services, qui se distinguent clairement du service principal d'intermédiation et qui ont lieu en concurrence avec d'autres services similaires offerts par d'autres prestataires (des photographes professionnels, des gestionnaires de bâtiments, etc.), ne sont pas indissociablement liés à l'offre de base que fournit cette plateforme. D'autre part, la plateforme permet à ses utilisateurs d'évaluer les logements et le locataire, offre un service particulier de paiement en ligne, et des services d'assurance et garantie complémentaire. Ces services ne sont pas offerts de manière indépendante et en concurrence directe avec des assureurs ou institutions de paiement ou de crédit mais plutôt dans l'objectif de rendre le service d'intermédiation plus complet et attrayant¹⁰⁵. Du point de vue de la plateforme Airbnb, ces services ne seront pas

¹⁰⁰ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 56.

¹⁰¹ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 19.

¹⁰² CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 58.

¹⁰³ V. <https://www.airbnb.com/d/hosting-services> pour plus d'informations relatives à ce service supplémentaire et clairement dissociable.

¹⁰⁴ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 59.

¹⁰⁵ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 58.



offerts de manière indépendante et en vue de concurrencer d'autres prestataires de ces services. L'on peut en conclure que ces derniers services sont dès lors indissociablement liés à l'offre du service principal d'intermédiation en ligne. Plus généralement, des plateformes d'intermédiation en ligne offrent souvent de services de paiement en ligne taillés sur mesure ou d'autres services dans l'objectif de rendre leur mise en relation plus visible et facile. Ils ne seraient pas fournis en dehors du contexte de la prestation du service principal et sont dès lors indissociablement liés à la prestation du service principal.

La deuxième hypothèse prend comme point de départ la situation d'une plateforme en ligne qui fournit, à titre principal, un service autre que celui de l'intermédiation en ligne. Il en résulte que ce dernier service est fourni à titre accessoire à la prestation d'un autre service principal. Les affaires portant sur Uber évoquent ce scénario. Dans ce cas, la plateforme organise non seulement l'intermédiation, mais est avant tout responsable principalement et décisivement de l'organisation du service hors ligne auquel l'intermédiation en ligne donnait accès. La Cour distingue ensuite deux scénarios portant sur les rapports des services accessoires qui sont fournis à côté du service principal. Dans un premier scénario, ces services accessoires sont dissociables du service principal. Ce caractère dissociable implique que les services ne sont pas tellement liés que la prestation de l'un des services n'aurait économiquement aucun sens sans l'autre. Dans la mesure où tout morceau de l'offre mixte pourrait théoriquement être fourni de manière concurrentielle et profitable par un autre prestataire de services, qui peut concurrencer son offre avec l'offre de la plateforme, le caractère dissociable est censé être établi. Dans un deuxième scénario, les services accessoires sont indissociablement liés à la prestation du service principal. Dans cette hypothèse, il ne serait pas possible ou faisable, d'un point de vue économique, d'offrir le service accessoire de manière détachée ou dissociée du service principal. En l'absence de la prestation du service principal, l'offre du service accessoire n'aurait jamais eu lieu.

La Cour a considéré que les activités d'intermédiation fournies par Uber grâce à son

application UberPOP relèvent de ce dernier scénario. UberPOP permet à des chauffeurs non professionnels d'être mis en contact avec des clients potentiels. Ces clients souhaitaient bénéficier d'un transport privé et rémunéré. Avant l'arrivée de l'application UberPOP, un tel service n'était souvent pas possible en dehors de son réseau amical ou familial. L'application actuellement permettrait d'élargir le cercle des personnes à transporter de cette manière. Selon l'entreprise Uber, son seul rôle a été de faciliter la mise en relation entre chauffeur et client sans être impliqué dans la prestation de service de transport. Effectivement, les chauffeurs Uber fournissaient leurs services à titre indépendant sans avoir conclu un contrat de travail avec Uber. Or Uber avait simultanément mis sur pied un système tarifaire déterminant le calcul du tarif ou prix d'un trajet et le montant attribué au chauffeur après cette prestation¹⁰⁶. Confrontée à ces modalités de prestation des services fournis par l'intermédiaire d'UberPOP, la Cour de justice devait se prononcer sur la nature du service fourni par Uber. Selon la Cour, à première vue, « *un service d'intermédiation consistant à mettre en relation un chauffeur non professionnel utilisant son propre véhicule et une personne qui souhaite effectuer un déplacement urbain constitue, en principe, un service distinct du service de transport qui consiste en l'acte physique de déplacement de personnes ou de biens d'un endroit à un autre au moyen d'un véhicule* ». Toutefois, la Cour a établi que dans une situation où le transport des passagers est assuré par des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule, Uber en tant que prestataire de ce service d'intermédiation crée une offre de services de transport urbain, qu'elle rend accessible notamment par des outils informatiques et dont elle organise le fonctionnement général en faveur des personnes désireuses de recourir à cette offre aux fins d'un déplacement urbain¹⁰⁷. De surcroît, Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs. Selon la Cour, « *Uber établit, au moyen de l'application éponyme, à tout le moins le prix maximum de la*

¹⁰⁶ Pour un exposé de l'application UberPOP, il convient de relire le résumé offert par les conclusions de l'avocat général SZPUNAR du 11 mai 2017 accompagnant l'arrêt du 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, EU:C:2017:364, points 39-70.

¹⁰⁷ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 38.



course, que cette société collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion »¹⁰⁸. Par conséquent, le service d'intermédiation fait partie intégrante d'un service plus global, qui principalement a pour objectif d'organiser tout ce qui est intrinsèquement lié à la prestation d'une activité de transport¹⁰⁹. Malgré la présence d'un volet d'intermédiation en ligne, le service fourni ne peut pas être qualifié de service de la société de l'information. La directive 2000/31 et les obligations de notification des règles restrictives auprès de la Commission européenne ne s'appliquent dès lors pas à son égard¹¹⁰.

Inversement, il nous semble que la plateforme Deliveroo (et toute autre plateforme de commande et livraison de repas comme UberEats) puisse servir comme exemple d'un service d'intermédiation accessoire mais pourtant dissociable. La plateforme met en relation restaurants et clients et organise le transport des repas. Or cette mise en relation n'est pas nécessairement indissociablement liée à l'activité de transport. Il est à imaginer qu'à la suite d'une intermédiation, le restaurant lui-même s'occupe du transport des repas¹¹¹. L'intermédiation pourrait dès lors être présentée comme activité dissociable du transport. Deliveroo semble offrir un service d'intermédiation distinct de celui du transport. Même si Deliveroo détermine les prix du transport, elle n'intervient pas directement dans le prix de base des repas, qui peuvent être offerts via d'autres canaux de

distribution. La mise en relation entre restaurants et clients, il nous semble, peut dès lors se détacher des autres services fournis par cette plateforme. Ces deux exemples montrent que le service d'intermédiation peut être offert de manière indépendante et en concurrence avec d'autres prestataires de services d'intermédiation similaires. Dans ce contexte et sous réserve d'une éventuelle future clarification prétorienne par la Cour de justice dans un autre sens, il ne nous semble pas impossible que l'intermédiation puisse être qualifiée de service qui est tant accessoire au que dissociable du service principal.

B. Application en parallèle ou accession ?

Il s'ensuit des analyses de la jurisprudence que c'est le caractère (in)dissociable des services offerts de manière mixte qui déterminera l'application en parallèle ou l'accession dans le cas d'espèce. Pour toute offre mixte de services, il conviendra d'analyser les liens dissociables ou indissociables qui existent entre les différents services concernés. Il peut bien arriver que, dans le contexte d'une offre comprenant plusieurs services, que certains services sont offerts de manières dissociables, alors que d'autres services sont indissociablement liés¹¹². Cette évaluation qui s'effectue au cas par cas, service par service, doit permettre d'établir, pour tout pair de services, le caractère dissociable ou indissociable qui caractérise leur lien. Si, à l'issue de l'évaluation faite, les services sont considérés comme dissociables, l'application en parallèle s'impose. Il en résulte que les différentes dispositions du droit de l'Union européenne s'imposeront, dans le chef du prestataire de services, en parallèle aux différents volets distincts de l'offre mixte de services. Si les services sont indissociablement liés, l'accession (*accessorium sequitur principale*) du service considéré comme accessoire au service principal sera censée se présenter. La prestation de services mixtes ne devra dès lors que correspondre aux exigences applicables dans le contexte de la prestation du service principal. Or en vue d'éviter que de telles situations échappent aux exigences de contrôle dans le contexte des paiements en ligne dans le chef

¹⁰⁸ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 39.

¹⁰⁹ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 40.

¹¹⁰ CJUE, 10 avril 2018, *Uber France*, aff. C-320/16, points 25-26 ; v. égal., P. VAN CLEYNENBREUGEL, « Le droit de l'Union européenne ne se prête-t-il pas (encore) à l'ubérisation des services ? », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2018, pp. 114-120 ; V. HATZOPOULOS, « After Uber Spain: the EU's approach on the sharing economy in need of review? », 44 *European Law Review* (2019), 89-99 ; M. FINCK, « Distinguishing internet platforms from transport services: *Elite Taxi v. Uber Spain* », 55 *Common Market Law Review* (2018), 1619-1640.

¹¹¹ Le même argument vaut pour l'application UberEats, qui se distingue dès lors de l'application UberPOP. Vu l'offre différente et en concurrence avec d'autres prestataires d'un même service et le manque d'influence décisive sur les prix de repas fournis aux clients, l'intermédiation semble plutôt être une activité dissociable du service principal, ce qui permettrait de conclure que la situation reconnue par la Cour dans les affaires sur UberPOP ne se matérialise que très rarement dans la pratique.

¹¹² L'arrêt *Airbnb* en constitue un exemple, v. CJUE, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 19.



des autorités des États membres, le législateur de l'Union européenne a, à plusieurs reprises, exclu cette possibilité explicitement afin d'éviter qu'une accession se matérialise et que certaines dispositions du droit de l'Union ne pas applicables s'étendent néanmoins à des services accessoires indissociablement liés au

principal. La directive 2000/31 en constitue un exemple. Une telle exclusion explicitement inscrite en droit dérivé de l'Union européenne a pour conséquence qu'une accession complète ne soit pas possible dans ce cas.

Le tableau ci-dessous distingue et visualise les différents scénarios :

scénarios	intermédiation en ligne comme service principal	autre service comme service principal
services accessoires dissociables du service principal	application en parallèle	application en parallèle
services accessoires indissociablement liés au service principal	accession (reconnue implicitement dans l'affaire Airbnb, sous réserve d'exceptions reconnues par la directive 2000/31)	accession (reconnue par la Cour dans les affaires sur Uber)

L'application en parallèle se présente comme résultat de l'exercice de classification si les services d'intermédiation et les autres services sont considérés comme dissociables. À titre d'exemple, les services d'intermédiation en ligne et gestion de bâtiments offerts par Airbnb peuvent être considérés comme services distincts existant de manière indépendante l'un à l'autre. Il en résulte que, dans la prestation des services d'intermédiation en ligne, Airbnb doit respecter les exigences découlant de la directive 2000/31, du règlement n° 2019/1150 et, dans le futur, le règlement sur les services numériques. Parallèlement, en tant que prestataire de services de gestion de bâtiments, Airbnb doit se conformer aux exigences de la directive 2006/123 (directive services) qui accorde aux États membres la possibilité d'imposer des exigences restrictives différentes à celles tolérées par la directive 2000/31¹¹³.

Il en va de même pour l'offre mixte de services dont l'intermédiation en ligne n'est pas l'activité principale. En reprenant l'exemple de Deliveroo évoqué ci-dessus, nous proposons dès lors de scinder les différents morceaux de prestations de service offertes par la plateforme. Les activités d'intermédiation et les rapports avec les restaurants utilisateurs de la plateforme doivent

respecter aux exigences de la directive 2000/31 et du règlement 2019/1150. De surcroît, toute activité liée au transport des repas relève des dispositions particulières relatives à ces services. Ce service échappe au champ de la directive services¹¹⁴ et de l'article 56 TFUE, relatif à la libre prestation des services. Effectivement, l'article 58, paragraphe 1, TFUE dispose que « [l]a libre circulation des services, en matière de transports, est régie par les dispositions du titre relatif aux transports ». Dans ce cadre, l'article 90 du traité FUE dispose que les objectifs des traités sont poursuivis, en ce qui concerne la matière des transports, dans le cadre d'une politique commune des transports. À cet égard, il est pourtant important de préciser que le droit de l'Union européenne n'a pas harmonisé le transport de marchandises par route par des véhicules non motorisés, comme les vélos que les coursiers Deliveroo utilisent¹¹⁵. Deliveroo tolère également l'utilisation des scooters pour effectuer les transports des repas commandés. Il nous semble que, vu que ces scooters peuvent atteindre une vitesse de 45 km/h, l'utilisation de ce type de véhicule aura pour conséquence que Deliveroo et/ou au moins ses coursiers, en tant que fournisseur de services de transport utilisant des véhicules dont la vitesse dépasse 45 km/h

¹¹³ À titre d'exemple, CJUE, 20 septembre 2020, *Cali Apartments et al.*, aff. jtes C-724/18 et C-727/18, EU:C:2020:743, point 45.

¹¹⁴ Considérant 21 de la directive services.

¹¹⁵ Pour plus d'information, <https://be-fr.roocommunity.com/>.



relèveraient du règlement n° 1071/2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive 96/26/CE du Conseil. Toutefois, les transporteurs qui ne font usage que de véhicules motorisés dont la vitesse maximale autorisée ne dépasse pas 40 km/h sont exclus du champ d'application du droit harmonisé¹¹⁶. Étant donné qu'un service de transport comme le propose Deliveroo échappe au champ d'application de la réglementation harmonisée européenne, les États membres restent libres de le réglementer ou d'en limiter l'accès à leurs marchés.

Au cas où un service est indissociablement lié à la prestation d'un service principal, le principe d'accession s'applique. Il en résultera que le service accessoire ne sera pas considéré comme service distinct, mais comme élément faisant partie intégrante du service principal. La nature de ce service principal déterminera alors les dispositions du droit de l'Union européenne qui s'appliqueront dans ce cas. La Cour a reconnu explicitement ce principe dans le contexte très particulier de l'application UberPOP. Dans ce contexte, l'intermédiation en ligne constituait un service accessoire à et indissociable d'un service principal de transport¹¹⁷. Il en résulte que les activités d'intermédiation qu'offre Uber dans le cadre de son application UberPOP ne doivent se conformer ni aux exigences de la directive 2000/31 ni aux obligations découlant du règlement n° 2019/1150. L'activité d'intermédiation en ligne n'existe pas à titre indépendant car elle contribue avant tout à la réalisation d'un service de transport qui n'existait pas auparavant. Elle ne constitue dès lors pas un service distinct du point de vue du droit de l'Union européenne. Les États membres peuvent dès lors réglementer – et même interdire – les activités UberPOP en conformité avec la réglementation européenne (en vigueur ou inexistante) relative aux transports.

Par analogie avec la jurisprudence sur UberPOP, la Cour semble avoir reconnu le même principe d'accession dans le contexte des activités

d'Airbnb. Dans cet arrêt, elle a reconnu que ces services fournis par Airbnb font partie intégrante du principal service d'intermédiation en ligne. Pour illustrer la différence entre le service principal et les services accessoires, la Cour a fait référence à une jurisprudence bien établie en matière de TVA selon laquelle un service accessoire sera taxé selon les modalités applicables au service principal¹¹⁸. En faisant référence à cette jurisprudence, la Cour semble vouloir dire que ce principe s'applique également dans ce contexte.

Il ne nous semble dès lors pas impossible de conclure que les services en ligne ou hors ligne faisant indissociablement partie d'un service d'intermédiation principal suivront également le statut juridique de ce service principal. Par conséquent, les services complémentaires de paiement en ligne, de garantie/assurance ou d'évaluation fournis dans le cadre des activités d'intermédiation par Airbnb ne seront théoriquement pas reconnus comme services distincts qui doivent être fournis en conformité avec les dispositions particulières du droit de l'Union européenne y relatives. Toutefois, la directive 2000/31 exclut pour sa part une accession complète, en disposant que certains services, bien qu'indissociablement liés à la prestation d'un service de la société de l'information, doivent se conformer à d'autres dispositions du droit (dérivé de l'Union européenne). Il en résulte que, malgré l'application théorique de ce principe, la directive 2000/31 exclut d'accession trois catégories de services, même s'ils sont indissociablement liés à la prestation d'un service principal d'intermédiation en ligne. Dans ce cas, la prestation de ces services même indissociablement liée à la prestation du service principal d'intermédiation, relèvera en principe toujours du champ d'autres instruments du droit de l'Union européenne.

Premièrement, la directive indique clairement que son champ d'harmonisation exclut tout service qui n'est pas fourni par voie électronique, y compris les livraisons de biens. Tout service, même complémentaire et accessoire à un service de la société de l'information, qui n'est pas fourni entièrement par voie électronique mais qui nécessite une présence physique, peut donc être assujéti à des exigences d'autorisation au

¹¹⁶ Art. 1(4) d du règlement n° 1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la directive 96/26/CE du Conseil [2009] JO L300/51.

¹¹⁷ CJUE, 20 décembre 2017, *Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 39-40 ainsi que CJUE, 10 avril 2018, *Uber France*, aff. C-320/16, points 25-26.

¹¹⁸ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 58.



niveau de l'État membre d'établissement. Cet État membre sera amené à faire respecter les autres dispositions du droit de l'Union européenne applicables à ces services¹¹⁹. Dans la pratique, il y aura peu d'exemples de services complémentaires hors ligne.

Deuxièmement, la directive exclut de son champ d'application tout service presté en ligne relatifs aux activités de notaire ou aux professions équivalentes, comportant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique, à la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux ou aux activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions portant sur des paris¹²⁰. De tels services relèvent du droit primaire de l'Union et les États membres restent libres d'imposer un régime d'autorisation préalable, sous réserve de justifications d'intérêt général apportées qui démontrent qu'un régime d'autorisation est le moyen le plus apte et nécessaire à réaliser cet objectif¹²¹.

Troisièmement, il est clairement statué que le principe de libre établissement et non-autorisation préalable ne s'étend pas à des services relevant d'autres régimes juridiques plus détaillés. La directive 2000/31 fait notamment référence aux régimes juridiques suivants : l'émission de monnaie électronique¹²² ; les activités d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)¹²³ ; les activités d'assurance¹²⁴ ; les activités des communications commerciales non sollicitées par courrier

électronique¹²⁵. À cette liste s'ajoutent également les activités de services de paiement, qui sont assujettis tant à la directive sur les services de paiements que la directive 2000/31 et qui doivent se conformer aux exigences particulières d'autorisation préalable et contrôle prévue par la directive sur les paiements (en ligne)¹²⁶.

Toutefois, dans la mesure où les services indissociablement liés au service principal d'intermédiation suivent en principe le statut juridique du service principal de la société de l'information – même si la directive 2000/31 fait référence à d'autres dispositions du droit de l'Union européenne dans ce contexte –, ces services font toujours partie d'un service principal mixte de la société de l'information dont le statut juridique a été déterminé par la directive 2000/31. Puisqu'il s'agit de services suivant en principe également le statut du service principal, la conclusion logique semble être que toute mesure empêchant la prestation de ce service accessoire doit également respecter les conditions procédurales mises sur pied par l'article 3(4)(b) doit également être assuré. Il doit être rappelé que les services complémentaires et accessoires d'assurance, d'investissement collectif, de publicité et de paiement à un service principal de la société de l'information ne relèvent pas du régime de libre prestation de services prévu par l'article 3(2) de la directive 2000/31, comme le confirme l'article 3(3) de la même directive. Or la directive ne précise pas que l'article 3(4) ne s'applique pas non plus aux régimes d'autorisation ou de notification mis sur pied par les États membres d'accueil. La Cour a confirmé dans son arrêt sur Airbnb que l'absence de notification des exigences de contrôle de qualité et de garanties de solvabilité prescrites par la législation française applicable aux agents immobiliers, dont l'application pouvait également cibler les activités complémentaires de la

¹¹⁹ Art. 2 (h) (ii) de la directive 2000/31.

¹²⁰ Art. 1(5) de la directive 2000/31.

¹²¹ Pour ce régime, v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne – libertés de circulation et marché intérieur*, op. cit., pp. 253-259 et 265-269.

¹²² Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE [2009] JO L267/7 (ci-après directive 2009/110).

¹²³ Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) [2009] JO L302/32 (ci-après, directive 2009/65).

¹²⁴ Notamment la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II) [2009] JO L335/1 (ci-après directive 2009/138).

¹²⁵ Ces activités relèvent de la directive services (directive 2006/123). Bien que le régime d'autorisation de ces services relève du domaine des États membres, ces services doivent se conformer également, s'ils sont adressés à des consommateurs, aux exigences de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, v. directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur [2005] JO L149/22.

¹²⁶ Considérant 55 de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE [2015] JO L337/35.



plateforme Airbnb, aura pour conséquence que ces mesures ne sont pas opposables¹²⁷. Il s'ensuit que l'introduction ou le maintien d'un tel régime doit également remplir les conditions matérielles et procédurales de l'article 3(4) de la directive pour être opposable aux plateformes en ligne fournissant de tels services.

C. *L'impact du principe d'accession sur l'applicabilité de la réglementation des services numériques au sein du marché intérieur*

L'analyse de la classification de services mixtes présentée ci-dessus permet de mettre en lumière deux conséquences importantes.

D'une part, les services d'intermédiation qui sont indissociablement liés à la prestation d'un service principal hors ligne échappent à la classification de service de la société de l'information. Ces services, malgré la présence d'un volet identifiable d'intermédiation en ligne, échappent aux exigences taillées sur mesure de ces derniers services, comme la Cour l'a confirmé dans les affaires sur Uber.

Le cadre réglementaire taillé sur mesure des services d'intermédiation en ligne ne tient pas compte de ces particularités intrinsèquement liées à l'offre des services mixtes par plusieurs plateformes en ligne. Bien que l'application en parallèle des différentes dispositions du droit de l'Union s'impose en situations de services dissociables, les services indissociablement liés à un service principal pourraient donner naissance à des situations regrettables. Pourquoi la plateforme Uber ne devrait-elle pas respecter les exigences de transparence et d'équité par rapport à des chauffeurs non professionnels mais tirant de recettes importantes de leurs activités qui offrent leurs activités sur la plateforme, tandis qu'Airbnb sera assujettie à ces obligations par rapport aux propriétaires qui tirent de recettes similaires mais d'une autre activité ? Le fait que la Cour considère l'offre d'Uber comme étant exclue du champ de la notion de service de la société de l'information produira directement cette conséquence. Il a explicitement été proposé que le nouveau règlement sur les services numériques ne s'applique pas

aux services qui ne sont pas de services d'intermédiation¹²⁸. Or cette proposition présume que les services d'intermédiation et les services qui sont offerts sont toujours dissociables d'autres services fournis par les plateformes. Faute de caractère dissociable, les obligations de transparence et les mécanismes de surveillance proposés par le paquet pour les services numériques aux prestataires de services d'intermédiation ne s'étendent-elles pas aux activités fournies par ou similaires à celles d'UberPOP ? On pourrait argumenter que le cas d'UberPOP est exceptionnel et ne se manifesterait que rarement, ce qui justifie le manque d'attention dans le chef de la Commission européenne, vu que la plupart des plateformes fournissent effectivement des services d'intermédiation soit à titre principal ou de manière dissociable des autres services. Dans ces deux cas, une accession n'aura pas lieu et le cadre taillé sur mesure des intermédiations en ligne continue d'être applicable aux plateformes concernées. Or le caractère exceptionnel ou rare d'une mise sur pied d'une offre comme celle d'UberPOP ne justifie à notre avis pas l'absence complète d'attention consacrée à cette problématique dans les propositions de la Commission. Il nous semble dès lors utile et même nécessaire que le législateur clarifie dans quelle mesure la prestation de services d'intermédiation en ligne indissociablement liés à d'autres services principaux doit également se conformer à certaines des exigences (par exemple, d'identification et de transparence) proposées par le paquet proposant un règlement pour les services numériques.

D'autre part, des services en ligne ou hors ligne qui sont indissociablement liés à la prestation d'un service principal d'intermédiation en ligne suivent en principe le statut juridique de ce dernier service. Leur prestation sera dès lors assujettie à la directive 2000/31 et au règlement n° 2019/1150 (dont l'article 6 s'étend explicitement aux prestations de services de biens et services accessoires). La directive 2000/31 contient elle-même des exceptions au principe d'accession. Dans ce contexte, une question est toujours de savoir si les exigences imposées par un État membre d'accueil aux services qui sont fournis à titre accessoire

¹²⁷ CJUE, 19 décembre 2019, *Airbnb*, aff. C-390/18, point 98.

¹²⁸ Art. 1^{er} 4^e al. de la proposition de règlement intégrant le paquet sur les services numériques.



et indissociablement lié à la prestation du service principal, doivent également être notifiées auprès de la Commission européenne en conformité avec l'article 3(4) de la directive 2000/31 pour être opposable aux prestataires de services. Nous avons conclu que la jurisprudence de la Cour sur Airbnb donne à penser que la réponse à cette question est affirmative. Il nous semble néanmoins également opportun que le législateur, dans le contexte de son paquet relatif aux services numériques, réponde directement à cette question et permet aux États membres d'avoir plus de sécurité juridique par rapport à l'étendue de cette obligation de notification dans un futur qui ne verra qu'une augmentation des activités de plateformes en ligne.

| Conclusion

Cette étude a eu pour objectif d'analyser la question de la classification, en droit du marché intérieur, de l'ensemble des services fournis par des plateformes en ligne. Bien que les plateformes, y compris les réseaux sociaux, moteurs de recherche et plateformes de l'économie collaborative, fournissent toutes des services, leur classification peut poser problème. Au départ, les services d'intermédiation en ligne font partie des services de la société de l'information qui ont fait l'objet d'une harmonisation spécifique par la directive 2000/31, la directive 2018/1808, le règlement n° 2019/1150 et, dans un futur proche, le paquet pour les services numériques. Or ces services d'intermédiation en ligne sont souvent intégrés dans une offre cumulée de différents services. Ce cumul dans l'offre de service ne correspond pas toujours à une application en parallèle des règles européennes relatives à la prestation de tout morceau de cette offre mixte de services. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé qu'une telle application en parallèle n'intervient que lorsque les différents services sont économiquement dissociables. L'analyse du caractère dissociable des services mixtes se fera au cas par cas pour tout pair identifiable de services et

selon les indices fournis par la Cour. Si, après une analyse du contexte et des modalités de prestation de tout service, il arrive que les différents services soient dissociables et puissent être fournis de manière économiquement indépendante, tout service particulier sera réglementé séparément. Par contre, si l'un des services se montre indissociablement lié à l'autre, notre étude a évoqué que, faute de dissociabilité, le service accessoire est censé suivre le statut du service principal. Dans ce contexte, la Cour s'appuie – explicitement ou implicitement – sur l'adage « *accessorium sequitur principale* » et propose la seule application des règles relatives au service principal à l'ensemble des services fournis (services principal et accessoires). Si le service principal est un service d'intermédiation en ligne, les exigences de la directive 2000/31 et le futur paquet pour les services numériques s'étendront dès lors aux services accessoires, potentiellement à l'exclusion ou en complément des dispositions de droit dérivé qui gouverneraient normalement la prestation de ces services accessoires. Si le service principal est un service autre que celui d'intermédiation en ligne, les règles portant sur cet autre service gouverneront également la prestation du service d'intermédiation qui est fourni de manière accessoire, potentiellement à l'exclusion des règles portant sur les services d'intermédiation en ligne. Cette accession aura pour conséquence que des prestataires de services d'intermédiation accessoires comme Uber dans son application UberPOP pourraient échapper aux exigences que souhaite imposer le législateur de l'Union européenne à l'ensemble des plateformes et que les États membres doivent potentiellement notifier plus d'exigences réglementaires auprès de la Commission européenne sous peine de non-opposabilité. À la lumière de ces incertitudes, l'étude a dès lors demandé une précision dans le chef du législateur de l'Union à cet égard, dans l'objectif d'éviter de futurs litiges portant sur le champ d'application matériel des exigences dont la Commission européenne souhaite que l'ensemble des plateformes s'y conforment.

