

## **Airbnb n'a pas besoin d'avoir de carte professionnelle !**

Moussa Thioye, Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IEJUC (EA 1919), avocat au barreau de Toulouse

AJDI 2020 p.458

Six lettres, un mot à consonance singulière devenu culte, une marque de services à la notoriété indéniable et une « multinationale » aux multiples contempeurs et laudateurs : Airbnb ! Une simple plateforme électronique d'intermédiation immobilière ou une véritable forme juridique d'intermédiation immobilière au sens de la loi française n° 70-9 du 2 janvier 1970, communément appelée « loi Hoguet » ?

À cette « question-pyromane », car « politiquement explosive » depuis quelque temps, la Cour de justice de l'Union européenne vient de donner une « réponse-pompier », car « techniquement extinctrice », du moins pour l'instant. L'arrêt rapporté, déjà auréolé d'une très grande couverture médiatique (allant bien au-delà de la large diffusion du communiqué de presse lui ayant emboîté le pas) et inévitablement accueilli par le groupe Airbnb et ses partisans comme un miraculeux cadeau de Noël arrivé et déballé avant l'heure, a été rendu le 19 décembre 2019 par la grande chambre de la CJUE à propos d'une affaire ayant pour objet une demande de décision préjudiciale, au titre de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), introduite dans le cadre d'une procédure pénale par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris par décision du 7 juin 2018 et parvenue à la Cour le 13 juin 2018.

À ce propos, il convient de rappeler, à titre liminaire, qu'Airbnb Ireland UC, société de droit irlandais établie à Dublin (Irlande), fait partie du groupe Airbnb, composé de plusieurs sociétés directement ou indirectement détenues par Airbnb Inc. ; cette dernière société étant établie aux États-Unis. Airbnb Ireland propose une plateforme électronique ayant pour finalité, moyennant le paiement d'une commission, de mettre en relation, en particulier en France, d'une part des hôtes professionnels et particuliers disposant de lieux d'hébergement à louer et d'autre part des personnes recherchant ce type d'hébergement. En outre, Airbnb Ireland propose auxdits loueurs des prestations accessoires, comme un canevas définissant le contenu de leur offre, une assurance de responsabilité civile, un outil d'estimation du prix de leur location ou encore des services de paiement relatifs à ces prestations (par le biais d'Airbnb Payments UK Ltd, société de droit du Royaume-Uni établie à Londres). Ainsi, en pratique, l'internaute recherchant un lieu d'hébergement à louer est amené, en concluant un contrat avec Airbnb Ireland pour l'utilisation de sa plateforme électronique et avec Airbnb Payments UK pour les paiements réalisés par l'intermédiaire de ladite plateforme, à se connecter sur celle-ci pour indiquer l'endroit où il souhaite se rendre ainsi que la période et le nombre de personnes de son choix. Ainsi, en fonction de ces indications, Airbnb Ireland se charge de fournir à l'utilisateur la liste des lieux d'hébergement disponibles correspondant à ces critères afin qu'il puisse sélectionner celui de son choix et procéder, en ligne, à

la réservation de celui-ci.

Et c'est dans ce contexte que, le 24 janvier 2017, l'Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP) a déposé une plainte avec constitution de partie civile, notamment pour exercice d'une activité d'entremise et de gestion d'immeuble et de fonds de commerce sans carte professionnelle au titre de la loi française n° 70-9 du 2 janvier 1970, pour la période allant du 11 avril 2012 au 24 janvier 2017.

Au soutien de sa plainte, cette association faisait valoir qu'Airbnb Ireland ne se contente pas de mettre en relation deux parties grâce à la plateforme éponyme puisque, en outre, elle offre des services complémentaires qui, selon elle, sont caractéristiques d'une activité d'intermédiaire en opérations immobilières. À la suite du dépôt de ladite plainte, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris avait alors délivré, le 16 mars 2017, un réquisitoire introductif, notamment, pour maniement de fonds pour des activités d'entremise et de gestion d'immeubles et de fonds de commerce par une personne dépourvue de carte professionnelle, en violation de la loi Hoguet, pour la période incriminée. Airbnb Ireland, pour sa part, contestait exercer une activité d'agent immobilier et soulevait ainsi l'inapplicabilité de la loi Hoguet du fait de son incompatibilité avec la directive 2000/31 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 (ci-après « directive sur le commerce électronique »). Dans ce cadre, le juge d'instruction du TGI de Paris s'interrogeait sur le point de savoir si le service fourni par Airbnb Ireland devait être qualifié de « service de la société de l'information », au sens de cette directive, et, dans l'affirmative, si celle-ci s'opposait à ce que la loi Hoguet soit appliquée à cette société dans le litige au principal ou si, au contraire, ladite directive ne faisait pas obstacle à la recherche de la responsabilité pénale d'Airbnb Ireland sur le fondement de cette loi. Et c'est dans ces conditions qu'il avait décidé de se pencher à statuer et de poser à la CJUE les questions préjudiciales suivantes :

- les prestations fournies en France par Airbnb Ireland par le canal d'une plateforme électronique exploitée depuis l'Irlande bénéficient-elles de la liberté de prestation de services prévue par l'article 3 de la directive 2000/31 ?
- les règles restrictives relatives à l'exercice de la profession d'agent immobilier en France, édictées par la loi Hoguet, sont-elles opposables et, donc, concrètement applicables de manière autoritaire à Airbnb Ireland ?

Alors, après avoir rappelé le cadre juridique tant européen (directive 98/34 du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information et directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 ayant abrogé et remplacé à compter du 7 octobre 2015 la première, directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur) que franco-français (loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 spécialement prise en ses articles 1<sup>er</sup>, 3, 5, 14 et 16) en cause et répondu favorablement à la question de la recevabilité de la demande de décision préjudiciale, la grande chambre de la Cour de Luxembourg s'est penchée sur le fond des deux questions préjudiciales posées avant d'y

répondre, par son arrêt du 19 décembre 2019, en ces mots :

- un service d'intermédiation qui a pour objet, au moyen d'une plateforme électronique, de mettre en relation, contre rémunération, des locataires potentiels avec des loueurs professionnels ou non professionnels proposant des prestations d'hébergement de courte durée, tout en fournissant également un certain nombre de prestations accessoires à ce service d'intermédiation, doit être qualifié de « service de la société de l'information » relevant de la directive 2000/31 sur le commerce électronique et bénéficier ordinairement, à ce titre, de la liberté de prestation de services prévue par l'article 3 de ladite directive ;
- une personne peut s'opposer à ce que lui soient appliquées, dans le cadre d'une procédure pénale avec constitution de partie civile, des mesures d'un État membre restreignant la libre circulation d'un tel service, qu'elle fournit à partir d'un autre État membre, lorsque lesdites mesures n'ont pas été notifiées conformément à l'article 3, paragraphe 4, sous *b*, second tiret, de la même directive.

### **L'activité d'intermédiation d'Airbnb, un « service de la société de l'information » relevant de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique...**

À la question préjudiciale de savoir si les prestations d'intermédiation fournies en France par Airbnb Ireland par le canal d'une plateforme électronique exploitée depuis l'Irlande doivent être qualifiées de prestations de « service de la société de l'information » relevant bien de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et bénéficier, à ce titre, de la liberté de prestation de services prévue par l'article 3 de ladite directive, la CJUE a répondu, après une longue et minutieuse analyse :

- *positivement*, « l'article 2, sous *a*, de la directive 2000/31, qui renvoie à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous *b*, de la directive 2015/1535, doit être interprété en ce sens qu'un service d'intermédiation qui a pour objet, au moyen d'une plateforme électronique, de mettre en relation, contre rémunération, des locataires potentiels avec des loueurs professionnels ou non professionnels proposant des prestations d'hébergement de courte durée, tout en fournissant également un certain nombre de prestations accessoires à ce service d'intermédiation, doit être qualifié de "service de la société de l'information" relevant de la directive 2000/31 » ;
- *négativement*, « en tant que tel, un service d'intermédiation tel que celui fourni par Airbnb Ireland ne saurait être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal serait une prestation d'hébergement », dont il est constant qu'elle relève de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

### **La qualification juridique solennellement et aisément consacrée : un « service de la société de l'information » au sens de la directive 2000/31**

La CJUE a, avec pédagogie et pertinence, commencé par analyser si, prise isolément et indépendamment des prestations accessoires offertes, l'activité d'intermédiation proposée par Airbnb Ireland répondait à la qualification de « service de la société de l'information » au sens de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Et alors qu'Airbnb Ireland, les

gouvernements tchèque et luxembourgeois ainsi que la Commission soutenaient le rattachement à cette directive, à la différence de l'AHTOP et du gouvernement français qui, eux, défendaient la thèse d'un rattachement à la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, la Cour de Luxembourg a consacré la première thèse après avoir suivi un raisonnement logique avec la mise en corrélation de trois propositions (une prémissse majeure, une prémissse mineure et une conclusion).

- Selon l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous *b*, de la directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 ayant abrogé et remplacé la directive 98/34 du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, la notion de « service de la société de l'information » comprend « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

- Or, pour la CJUE, « le service en cause au principal a [bel et bien] pour objet, au moyen d'une plateforme électronique, de mettre en relation, contre rémunération, des locataires potentiels avec des loueurs professionnels ou non professionnels proposant des prestations d'hébergement de courte durée afin de permettre à ces premiers de réserver un hébergement » : il est avéré, d'abord, que l'activité d'intermédiation immobilière relève de la notion de « service » au sens de l'article 56 du TFUE et de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ; il est incontestable, ensuite, que ce service est fourni contre rémunération quand bien même la commission perçue par Airbnb Payments UK le serait uniquement auprès du locataire et non pas également auprès du loueur ; en outre, il est démontré que, dans la mesure où la mise en relation entre le loueur et le locataire est effectuée par l'entremise d'une plateforme électronique sans présence simultanée, d'une part, du prestataire du service d'intermédiation et, d'autre part, du loueur ou du locataire, ledit service constitue un service fourni à distance et par voie électronique (en effet, précise la Cour, à aucun moment du processus de conclusion des contrats conclus entre d'une part Airbnb Ireland ou Airbnb Payments UK et d'autre part le loueur ou le locataire, les parties n'entrent en contact autrement que par l'intermédiaire de la plateforme électronique éponyme) ; il est établi, enfin, que le service concerné est fourni à la demande individuelle des destinataires de celui-ci dès lors qu'il suppose, à la fois, la mise en ligne d'une annonce par le loueur et une requête individuelle du locataire intéressé par cette annonce.

- Donc, « un tel service satisfait aux quatre conditions cumulatives visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous *b*, de la directive 2015/1535 et, partant, constitue en principe un "service de la société de l'information" au sens de la directive 2000/31 » sur le commerce électronique (rappr. CJUE, 12 juill. 2011, n° C-324/09, *L'Oréal (Sté) c/ eBay International (Sté)*, D. 2011. 1965, obs. C. Manara ; *ibid.* 2054, point de vue P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2363, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; Légipresse 2011. 463 et les obs. ; *ibid.* 465 et les obs. ; RTD eur. 2011. 847, obs. E. Treppoz ; 11 sept. 2014, n° C-291/13, RTD eur. 2015. 355, obs. L. Coutron ; CJUE, 7 août 2018, n° C-521/17, D. 2018. 1646 ; *ibid.* 2019. 453, obs. J.-P. Clavier et N. Martial-Braz ; Dalloz IP/IT 2018. 696, obs. G. Haas et J.-P. Souyris).

Néanmoins, si le service en cause au principal, à savoir l'activité d'intermédiation proposée par

Airbnb Ireland, répondait indéniablement à la qualification de « service de la société de l'information » au sens de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, la grande difficulté tenait en l'espèce - comme souvent en matière de commerce électronique où sont couramment associés d'une part des services traditionnels comme le logement ou le transport avec d'autre part des services de communication électronique - à la fourniture, à titre complémentaire, de prestations accessoires de nature différente (comme un canevas définissant le contenu de leur offre, une assurance de responsabilité civile, un outil d'estimation du prix de leur location ou encore des services de paiement relatifs à ces prestations...). En effet, il ne faut pas oublier, ainsi que l'a rappelé la CJUE renvoyant à sa propre jurisprudence (CJUE, 20 déc. 2017, n° C-434/15, point 40, *Asociación Profesional Elite Taxis c/ Uber*, AJDA 2018. 329, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 934, note N. Balat ; *ibid.* 1412, obs. H. Kenfack ; JT 2018, n° 205, p. 12, obs. X. Delpech ; RTD eur. 2018. 147, obs. L. Grard ; *ibid.* 273, étude V. Hatzopoulos), que « si un service d'intermédiation satisfaisant à l'ensemble de ces conditions constitue, en principe, un service distinct du service subséquent auquel il se rapporte et, partant, doit être qualifié de "service de la société de l'information", il doit en aller autrement s'il apparaît que ce service d'intermédiation fait partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service relevant d'une autre qualification juridique ». D'où, en l'espèce, la question de savoir si le fait que le service d'intermédiation fourni par Airbnb Ireland vise à permettre la location d'un lieu d'hébergement permettrait d'écartier la qualification de « service de la société de l'information » en le considérant comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal serait une prestation d'hébergement.

### **La qualification juridique formellement mais laborieusement récusée : une simple partie intégrante d'un service global dont l'élément principal serait une prestation d'hébergement relevant de la directive 2006/123**

Selon la CJUE se fondant sur un faisceau d'indices, « si, certes, le service d'intermédiation fourni par Airbnb Ireland vise à permettre la location d'un lieu d'hébergement, dont il est constant qu'elle relève de la directive 2006/123, la nature des liens entre ces services ne justifie pas d'écartier la qualification de "service de la société de l'information" dudit service d'intermédiation et, partant, l'application à celui-ci de la directive 2000/31 ». En effet, il y a, pour la Cour, un ensemble d'éléments ou de signaux commandant de considérer que, « en tant que tel, un service d'intermédiation tel que celui fourni par Airbnb Ireland ne saurait être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal serait une prestation d'hébergement ».

- En premier lieu, « un tel service d'intermédiation présente un caractère dissociable de l'opération immobilière proprement dite dans la mesure où il ne tend pas uniquement à la réalisation immédiate d'une prestation d'hébergement, mais plutôt, sur la base d'une liste structurée des lieux d'hébergement disponibles sur la plateforme électronique éponyme et correspondant aux critères retenus par les personnes recherchant un hébergement de courte durée, à fournir un instrument facilitant la conclusion de contrats portant sur des opérations futures » ; bien au contraire, « c'est la création d'une telle liste au bénéfice tant des hôtes disposant de lieux d'hébergement à louer que des personnes recherchant ce type d'hébergement qui constitue la caractéristique essentielle de la plateforme électronique gérée par Airbnb Ireland » (cette position tranche avec celle adoptée par la CJUE dans ses arrêts *Uber*, puisqu'elle y a considéré que l'on était en présence d'un service « mixte

», hors du domaine de la directive 2000/31, dès lors que le service électronique était indissociablement lié à l'offre d'un service non électronique : CJUE, 20 déc. 2017, préc. ; CJUE, 10 avr. 2018, n° C-320/16, *Uber France*, D. 2018. 934, note N. Balat ; *ibid.* 1412, obs. H. Kenfack ; JT 2018, n° 208, p. 11, obs. X. Delpach ; RTD eur. 2019. 153, obs. L. Grard).

- En deuxième lieu, « un service tel que celui fourni par Airbnb Ireland ne s'avère aucunement indispensable à la réalisation de prestations d'hébergement tant du point de vue des locataires que des loueurs y recourant, tous deux disposant de nombreux autres canaux parfois disponibles de longue date, tels que les agences immobilières, les petites annonces sous format papier comme électronique ou encore les sites Internet de locations immobilières ».

- En troisième lieu, il n'est pas établi qu'Airbnb Ireland fixerait ou plafonnerait le montant des loyers réclamés par les loueurs ayant recours à sa plateforme puisque, tout au plus, elle se borne à mettre à leur disposition un instrument optionnel d'estimation du prix de leur location au regard des moyennes de marché tirées de cette plateforme, laissant ainsi aux seuls loueurs la responsabilité de la fixation des loyers.

Et, comme pour enfoncer le clou et envoyer définitivement au tapis les arguments de l'AHTOP et du gouvernement français, la CJUE a précisé que la nature et les modalités de fonctionnement des services fournis par Airbnb Ireland n'étant pas comparables ou assimilables à celles des services d'intermédiation en cause dans les arrêts *Asociación Profesional Elite Taxis* (CJUE, 20 déc. 2017, *Asociación Profesional Elite Taxis c/ Uber*, préc., point 39) et *Uber France* (CJUE, 10 avr. 2018, *Uber France*, préc., point 21), ni le service d'intermédiation presté par Airbnb Ireland, ni ses prestations accessoires ne permettent d'établir l'existence d'une influence décisive exercée par cette société sur les conditions de prestation des services d'hébergement auxquels se rapporte son activité, s'agissant tant de la détermination des loyers demandés que de la sélection des loueurs ou des logements mis en location sur sa plateforme électronique (alors qu'il s'évince de la jurisprudence susmentionnée, rendue dans le contexte spécifique du transport urbain de personnes auquel s'applique l'article 58, paragraphe 1, du TFUE, qu'Uber exerçait une influence décisive sur les conditions de la prestation de transport des chauffeurs non professionnels faisant usage de l'application mise à leur disposition par cette société).

Toutefois, si la CJUE a pu, sans coup férir et de manière fort convaincante, qualifier de « service de la société de l'information » le service d'intermédiation fourni par Airbnb Ireland pris isolément (V. *supra*), on ne peut pas dire qu'elle a réussi, de manière indiscutable, à démontrer que le service litigieux ne faisait pas partie intégrante d'un service global, comprenant aussi diverses prestations accessoires de nature différente, dont l'élément principal serait une prestation d'hébergement. Il faut avouer que, n'eût été l'utilisation par Airbnb de sa plateforme électronique, il aurait été très difficile, voire impossible de ne pas voir en elle une banale agence ou, à tout le moins, un banal marchand de listes ou de fichiers. Il est établi, en effet, qu'« Airbnb Ireland propose une plateforme électronique ayant pour finalité, moyennant le paiement d'une commission, de mettre en relation, en particulier en France, d'une part, des hôtes, professionnels et particuliers, disposant de lieux d'hébergement à louer et, d'autre part, des personnes recherchant ce type d'hébergement », ce qui n'est pas sans rappeler légitimement l'activité de transaction visée à l'article 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi Hoguet. Il est admis, en outre, que, « en pratique, ainsi qu'il ressort des explications fournies par

Airbnb Ireland, un internaute qui cherche un lieu d'hébergement à louer se connecte sur la plateforme électronique éponyme, indique l'endroit où il souhaite se rendre ainsi que la période et le nombre de personnes de son choix » et que, « sur cette base, Airbnb Ireland lui fournit la liste des lieux d'hébergement disponibles correspondant à ces critères afin qu'il sélectionne celui de son choix et procède, en ligne, à la réservation de celui-ci », ce qui n'est pas sans faire penser à l'activité de vente de listes ou de fichiers visée à l'article 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>, de la loi précitée.

Pourtant, il convient, en définitive, de prendre acte de la « conviction » et de la position exprimées par les juges de la CJUE pour qui les prestations fournies en France par Airbnb Ireland par le canal d'une plateforme électronique, parce qu'elles ne sont pas indivisiblement liées à l'offre de services accessoires non électroniques, doivent être purement et simplement qualifiées de prestations de « service de la société de l'information » relevant de la directive 2000/31 sur le commerce électronique et bénéficier, à ce titre, de la liberté de prestation de services prévue par l'article 3 de la même directive... Une directive dont le paragraphe 4, sous *b*, second tiret, doit être interprété en ce sens qu'Airbnb Ireland peut s'opposer à ce que lui soient appliquées, dans le cadre d'une procédure pénale avec constitution de partie civile la réglementation restrictive issue de la loi française du 2 janvier 1970, dès lors que celle-ci n'a pas donné lieu à notification par la République française conformément à ces dispositions de droit dérivé européen.

### **Les textes restreignant l'accès et l'exercice en France de la profession d'agent immobilier sont inopposables et inapplicables à Airbnb...**

À la question préjudicielle de savoir si les règles restrictives relatives à l'exercice de la profession d'agent immobilier en France, édictées par la loi Hoguet, sont opposables et, donc, concrètement applicables de manière autoritaire à Airbnb Ireland, la CJUE, après s'être déclarée compétente pour la trancher malgré la résistance sur ce point du gouvernement français, a répondu, là aussi après une analyse très fouillée, en ces termes : « l'article 3, paragraphe 4, sous *b*, second tiret, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens qu'un particulier peut s'opposer à ce que lui soient appliquées, dans le cadre d'une procédure pénale avec constitution de partie civile, des mesures d'un État membre restreignant la libre circulation d'un service de la société de l'information qu'il fournit à partir d'un autre État membre, lorsque lesdites mesures n'ont pas été notifiées conformément à cette disposition ».

### **Un rappel d'évidence : les restrictions européennes, substantielles et procédurales aux mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des services de la société de l'information**

La CJUE a soigneusement pris le soin, nécessaire, de rappeler que, selon l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31, les États membres (comme la France) ne peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information relevant du domaine coordonné (comme le service d'intermédiation d'Airbnb Ireland), des mesures dérogeant au principe de libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre (comme la réglementation restrictive issue de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970) que si certaines conditions substantielles et procédurales cumulatives sont réunies (V. E. Crabit, *La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »*, Revue du Droit de l'Union européenne, n° 4/2000, p. 749

s., spéc. p. 787 s.).

- en application de l'article 3, paragraphe 4, sous *a*, de la directive 2000/31, la mesure restrictive concernée doit être nécessaire afin de garantir l'ordre public, la protection de la santé publique, la sécurité publique ou la protection des consommateurs, être prise à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte effectivement atteinte à ces objectifs ou constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces derniers, et, enfin, être proportionnée auxdits objectifs.

- en application de l'article 3, paragraphe 4, sous *b*, second tiret, de cette directive, l'État membre concerné doit avoir préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale, notifié son intention de prendre les mesures restrictives concernées à la Commission et à l'État membre sur le territoire duquel le prestataire du service visé est établi... Sachant, selon la Cour, que le fait que les mesures restrictives (comme la loi Hoguet) soient antérieures à l'entrée en vigueur de la directive 2000/31 ne saurait avoir eu pour conséquence de libérer l'État membre de son obligation de notification, puisque le législateur de l'Union n'a pas prévu de dérogation autorisant les États membres à maintenir des mesures antérieures à cette directive susceptibles de restreindre la libre prestation des services de la société de l'information sans respecter les conditions prévues à cet effet par ladite directive. Et, toujours selon la Cour s'appuyant notamment sur l'argument selon lequel l'obligation de notification considérée présente un caractère suffisamment clair, précis et inconditionnel pour se voir reconnaître un effet direct et, partant, invocable par les particuliers (au sens de personnes privées) devant les juridictions nationales, la méconnaissance par un État membre de son obligation de notification des mesures restreignant la libre circulation d'un service de la société de l'information fourni par un opérateur établi sur le territoire d'un autre État membre, prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous *b*, second tiret, de la directive 2000/31 constitue, non pas une simple exigence d'information, mais une exigence procédurale de nature substantielle (V. E. Montero, ss dir., *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Bruylant, 2001, spéc. p. 88, n° 161) justifiant l'inopposabilité aux particuliers des mesures non notifiées, à l'instar des conséquences découlant de la méconnaissance par un État membre de son obligation de notification préalable des règles techniques, prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2015/1535 (voir, par analogie, CJCE, 30 avr. 1996, n° C-194/94, point 54, *CIA Security International*, AJDA 1996. 739, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues).

### **Une conclusion logique : inopposabilité à Airbnb de la réglementation restrictive issue de la loi française n° 70-9 du 2 janvier 1970**

Il a été de l'avis de tous les protagonistes directs ou indirects dans l'affaire soumise à la CJUE, y compris le juge français de renvoi, que, d'une part, la réglementation française issue de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite « Hoguet » présente clairement un caractère restrictif de la libre circulation des services de la société de l'information et, d'autre part, cette réglementation n'a jamais donné lieu à notification par la République française ni à la Commission, ni à l'État membre d'établissement d'Airbnb Ireland, à savoir l'Irlande. La conclusion juridique, imparable, est alors de considérer que les mesures restrictives instituées par la loi de 1970 ne peuvent être invoquées par la France à l'encontre d'Airbnb Ireland qui peut alors légalement et légitimement s'opposer à ce qu'elles lui soient appliquées de manière autoritaire. En effet, « compte tenu de l'absence de

notification par la République française de la loi Hoguet ainsi que du caractère cumulatif des conditions visées à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 [...], il y a lieu de considérer que cette loi ne saurait en tout état de cause être appliquée à un particulier se trouvant dans une situation telle que celle d'Airbnb Ireland dans le litige au principal, indépendamment du point de savoir si cette loi satisfait aux autres conditions prévues à cette disposition ». Ainsi, quand bien même les mesures restrictives instituées par la loi du 2 janvier 1970 rempliraient les conditions posées à l'article 3, paragraphe 4, sous *a*, de la directive 2000/31, ce qui manifestement ne serait pas le cas, elles doivent, dès lors que la loi susmentionnée n'a pas été régulièrement notifiée, être déclarées inopposables à Airbnb Ireland qui peut ainsi s'opposer à ce que lui soient appliquées, dans le cadre d'une procédure pénale avec constitution de partie civile, les mesures françaises litigieuses qui restreignent la libre circulation de son service d'intermédiation fourni à partir de l'Irlande.

Autrement dit, grâce ou à cause du droit de l'Union européenne tel que vient de l'interpréter la CJUE, faisant primer la qualification principale de service de la société de l'information sur celle accessoire de service d'intermédiation immobilière, Airbnb Ireland ne peut pas être contrainte par la France de se soumettre aux règles restrictives édictées par la loi Hoguet...

## **Conclusion**

En posant que la France ne peut exiger d'Airbnb la possession d'une carte professionnelle d'agent immobilier, faute d'avoir notifié cette exigence à la Commission conformément à la directive sur le commerce électronique et indépendamment du point de savoir si la loi Hoguet satisferait ou non aux autres conditions prévues à cette disposition, la CJUE a « techniquement » ou « officiellement » clos la question posée même si, ne s'étant prononcée que dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, elle n'avait pas vocation à trancher directement le litige au niveau national. En effet, dès lors que la directive 2000/31 est entrée en vigueur le 17 juillet 2000, que les États membres devaient s'y conformer avant le 17 janvier 2002 et que la France l'a déjà complètement transposée (avec la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, le décret n° 2005-137 du 16 février 2005 et l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005), ne serait-il pas permis de penser qu'il n'y aurait plus, de *lege lata*, aucune possibilité pour celle-ci de se relever de son « erreur procédurale de nature substantielle » (afin de pouvoir exiger utilement d'Airbnb Ireland la possession d'une carte professionnelle d'agent immobilier pour la poursuite de son activité d'intermédiation 2.0 sur son territoire) ? Du reste, à supposer que la notification prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous *b*, second tiret, de la directive 2000/31 soit encore miraculeusement envisageable (ce qui demeure théoriquement défendable dès lors que l'usage de mesures dérogatoires, par définition prises au cas par cas, ne saurait être conditionnée à leur notification préalablement ou concomitamment à la transposition de la directive les ayant prévues), ne faudrait-il pas considérer que rien ne serait moins improbable, voire illusoire, que la reconnaissance de la compatibilité des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 aux exigences de fond évoquées au paragraphe 4, sous *a*, du même article (V. E. Crabit, art. préc., spéc. p. 790) ?

Les réponses à ces questions demeurent, certes, incertaines, mais il appert que, avec cette affaire (somme toute cocasse et même rocambolesque) et son issue (ô combien retentissante), il n'est plus permis de douter de la grande place qu'occupent, *nolens volens*, les sources européennes parmi les

« forces créatrices du droit » français de l'intermédiation immobilière.

**Mots clés :**

PROFESSIONS \* Administrateur de biens \* Carte professionnelle \* Bail \* Meublé de tourisme \* Plateforme