



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, 2.9.2024
C(2024) 6319 final

M. Szijjártó Péter
Ministre des affaires étrangères
et du commerce
Ministère des affaires étrangères
et du commerce

Bem rakpart 47.
HU — 1027 Budapest

Objet: Notification 2024/288/HU

Modification du décret gouvernemental n° 210/2009 du 29 septembre 2009 relatif aux conditions d'exercice des activités commerciales

Émission d'un avis circonstancié, conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive (UE) 2015/1535 du 9 septembre 2015

Excellence,

Dans le cadre de la procédure de notification prévue par la directive (UE) 2015/1535 ⁽¹⁾, les autorités hongroises ont notifié à la Commission, le 30 mai 2024, le projet «*sur la modification du décret gouvernemental n° 210/2009 du 29 septembre 2009 relatif aux conditions d'exercice des activités commerciales*» (ci-après dénommé «le projet notifié»).

Selon le message de notification, l'article 1^{er} du projet notifié vise à protéger les enfants et les consommateurs en ligne, en tenant compte de la croissance continue du commerce électronique. Le message de notification indique en outre que, dans le cadre de la vente par correspondance, le professionnel publie des informations spécifiques en rapport avec des produits destinés aux enfants et dont l'élément essentiel est la promotion ou la représentation d'identités de genre qui ne correspondent pas au genre assigné à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité ou potentiellement à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité. Dans de tels cas, le produit destiné aux enfants ne peut être commercialisé que si la communication commerciale du

¹) 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, JO L 241 du 17.9.2015, p. 1.

produit concerné contient l'information «Contenu sensible!» d'une manière clairement visible.

Les autorités hongroises expliquent en outre que le «commerce par correspondance» consiste en une activité commerciale au cours de laquelle le professionnel fournit à l'acheteur des communications commerciales, y compris les caractéristiques et le prix du produit, ce qui permet à l'acheteur de décider de conclure une transaction.

Dans le cadre du projet notifié, les services de la Commission ont adressé aux autorités hongroises une demande d'informations complémentaires le 14 juin 2024 afin d'obtenir des éclaircissements sur les mesures du projet notifié. Les réponses apportées par les autorités hongroises le 5 juillet 2024 sont prises en considération dans l'évaluation suivante.

L'examen des dispositions pertinentes notifiées a conduit la Commission à émettre l'avis circonstancié suivant.

1. Introduction

Selon le message de notification, et comme l'ont confirmé les autorités hongroises dans leur réponse à la demande d'informations supplémentaires, le projet notifié a pour objectif supposé de protéger les enfants en ligne à la lumière de leurs droits fondamentaux au développement physique, mental et moral, compte tenu de la croissance continue du commerce électronique, ainsi que pour faciliter la prise de décisions éclairées par les consommateurs.

La Commission souligne que l'objectif de protection des mineurs en ligne contre les contenus préjudiciables est pleinement couvert par le cadre juridique européen pour les services en ligne, en particulier le règlement (UE) 2022/2065 (règlement sur les services numériques, ci-après «le DSA») ⁽²⁾ et la directive 2000/31/CE (directive sur le commerce électronique) ⁽³⁾. Plus précisément, le DSA vise à garantir un environnement en ligne sûr, prévisible et digne de confiance dans lequel les droits fondamentaux consacrés par la Charte sont protégés, y compris le principe de protection des consommateurs. La Commission tient à noter que les dispositions du DSA visant à protéger les mineurs ont été renforcées au cours du processus législatif, sur la base des modifications apportées à la proposition de la Commission présentée notamment par le Conseil.

Le DSA prévoit des règles horizontales efficaces à l'échelle de l'Union qui imposent aux fournisseurs de services d'hébergement et aux plateformes en ligne l'obligation de lutter contre les contenus illicites et préjudiciables en ligne, tout en renforçant le marché unique européen, et elle exige de ces fournisseurs qu'ils mettent en place les processus nécessaires pour protéger les droits fondamentaux des utilisateurs. En tant que règlement du droit de l'Union, le DSA est directement applicable dans tous les États membres, sans qu'il soit nécessaire d'adopter des mesures d'exécution.

La Commission tient à souligner que la protection des mineurs est l'une de ses priorités en matière d'application du DSA. À l'automne dernier, en 2023, la Commission a envoyé

²) Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JO L 277 du 27.10.2022, p. 1-102.

³) 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), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1-16.

des demandes d'informations détaillées à cinq des plus grandes plateformes en ligne comptant le plus d'utilisateurs mineurs (à savoir TikTok, Snapchat, YouTube, Instagram et Facebook) afin de s'enquérir des mesures qu'elles ont prises pour protéger les mineurs qui utilisent leurs services. Sur la base des réponses reçues ainsi que des informations reçues dans les rapports d'évaluation des risques que ces opérateurs sont tenus de transmettre en vertu de l'article 34 du DSA, la Commission a engagé une procédure à l'encontre de TikTok (le 19 février ⁽⁴⁾) et le 22 avril 2024 ⁽⁵⁾), ainsi qu'Instagram et Facebook (le 16 mai 2024 ⁽⁶⁾), étant donné que la Commission soupçonne ces plateformes de ne pas respecter leurs obligations au titre du DSA en ce qui concerne la protection des mineurs. Cela inclut le non-respect potentiel des obligations de mettre en place des mesures appropriées et proportionnées pour garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de sûreté et de sécurité pour les mineurs.

2. Avis circonstancié

2.1 Évaluation à la lumière de la directive sur le commerce électronique

a) Applicabilité de la directive sur le commerce électronique

Le projet de loi notifié entre dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

Premièrement, en ce qui concerne le champ d'application personnel du projet notifié. Le projet notifié s'applique aux fournisseurs des activités commerciales au cours desquelles le professionnel fournit à l'acheteur une communication commerciale, y compris les caractéristiques et le prix du produit, ce qui permet à l'acheteur de décider de conclure une transaction. Comme l'ont confirmé les autorités hongroises dans leur réponse à la demande d'informations supplémentaires, ces activités relèvent par définition des services de la société de l'information. En particulier, comme l'ont souligné les autorités hongroises, le champ d'application de la loi sur le commerce sous-jacente s'étend aux exigences de base et au contrôle des activités commerciales, à l'exercice d'une activité de service à des fins commerciales ainsi qu'à la commercialisation des produits.⁽⁷⁾ Par conséquent, les fournisseurs soumis au projet notifié incluent les fournisseurs de services de la société de l'information au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 et donc également au sens des articles 1^{er} et 2 de la directive sur le commerce électronique, dans la mesure où ils remplissent les conditions qui y sont énoncées.

Deuxièmement, en ce qui concerne le champ d'application matériel du projet notifié, tel que confirmé par les autorités hongroises, les règles énoncées dans le projet notifié concernent l'exercice de l'activité de prestataires de services de la société de l'information, en particulier les conditions d'exercice d'activités commerciales. En particulier, le projet notifié imposerait aux fournisseurs de services de la société de l'information relevant de son champ d'application l'obligation de marquer certains produits comme «Contenu sensible!» d'une manière clairement visible dans les cas où

⁴ ([DSA: La Commission ouvre une procédure formelle à l'encontre de TikTok \(europa.eu\)](#)).

⁵ ([La Commission ouvre une procédure à l'encontre de TikTok au titre du DSA \(europa.eu\)](#)). Par décision du 5 août 2024, la Commission a rendu contraignants pour TikTok les engagements présentés pour répondre aux soupçons exprimés par la Commission.

⁶ ([DSA: La Commission ouvre une procédure formelle à l'encontre de Meta \(europa.eu\)](#)).

⁷ En particulier, «tout service fourni normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services».

ces produits sont destinés aux enfants et dont l'élément essentiel est la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité ou la promotion ou la représentation de la réassignation sexuelle ou de l'homosexualité ou des identités de genre qui ne correspondent pas au genre attribué à la naissance, afin de pouvoir commercialiser ces produits.

Les autorités hongroises allèguent en outre que le projet notifié est conçu comme une mesure de protection des mineurs au sens de l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique.

Les obligations énoncées dans le projet notifié relèvent donc du domaine coordonné de la directive sur le commerce électronique, tel qu'énoncé à son article 2, points h) et i), et ont donc été analysées à la lumière de la présente directive.

Troisièmement, en ce qui concerne le champ d'application territorial du projet notifié, les autorités hongroises ont confirmé dans leurs réponses à la demande d'informations supplémentaires que les obligations qui y sont énoncées s'appliquent aux fournisseurs de services de la société de l'information proposés sur le territoire hongrois, y compris les fournisseurs nationaux et les fournisseurs établis dans d'autres États membres.

Article 3, paragraphes 1, 2 et 4, de la directive sur le commerce électronique

La Commission note que les dispositions du projet notifié s'appliquent aux prestataires de services de la société de l'information qui proposent leurs services sur le territoire hongrois, quel que soit leur lieu d'établissement. Cet aspect a été confirmé par les autorités hongroises. Par conséquent, le projet notifié s'applique indistinctement aux prestataires de services de la société de l'information établis dans d'autres États membres que la Hongrie.

À cet égard, la Commission rappelle que l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive sur le commerce électronique établit le «principe du contrôle par le pays d'origine» selon lequel les services de la société de l'information doivent être réglementés à la source de l'activité. Ils sont donc, en règle générale, soumis au droit de l'État membre dans lequel les fournisseurs de ces services sont établis. L'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique définit les circonstances et les procédures dans lesquelles un État membre de destination peut déroger à ce principe afin d'imposer les mesures nécessaires à l'ordre public (notamment la prévention, l'enquête, la détection et la poursuite des infractions pénales, y compris la protection des mineurs et la lutte contre toute incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité, ainsi que les atteintes à la dignité humaine des personnes), à la protection de la santé publique, à la sécurité publique, y compris la sauvegarde de la sécurité et de la défense nationales, ou à la protection des consommateurs, y compris des investisseurs.

Comme indiqué ci-dessus, selon les autorités hongroises, le projet notifié est une mesure de protection des mineurs au sens de l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique.

Dans ce contexte, la Commission attire l'attention des autorités hongroises sur la jurisprudence récente de la CJUE ⁽⁸⁾ concernant le champ d'application de l'article 3, paragraphe 4, de la directive en ce qui concerne, en particulier, les mesures de portée

⁸⁾ Affaire C-376/22, *Google Ireland et autres*, ECLI:EU:C:2023:835, et arrêt du 30 mai 2024 dans des affaires conjointes *Airbnb Ireland UC et Amazon Services Europe Srl contre Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, C-662/22 et C-667/22, EU:C:2024:432, point 70.

générale et abstraite. ⁽⁹⁾ Selon cette jurisprudence, les mesures générales et abstraites telles que le projet notifié ne peuvent pas bénéficier de la dérogation prévue à l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique ⁽¹⁰⁾.

Dans la forme notifiée à la Commission, le projet de loi constitue une mesure aussi générale et abstraite qui s'appliquerait indistinctement aux prestataires nationaux et étrangers de services de la société de l'information. En tout état de cause, sur la base des informations dont elle dispose à ce stade, la Commission n'est pas en mesure de vérifier si et comment les autorités hongroises entendent garantir le respect des exigences tant de fond que de procédure énoncées à l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique.

En tout état de cause, même s'il pouvait être considéré (ce qui n'est pas le cas) que le projet notifié constituerait une mesure aux fins de l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique et qu'un État membre entendait déroger à l'article 3, paragraphe 2, de ladite directive en ce qui concerne les procédures qui y sont énoncées, la Commission tient à rappeler aux autorités hongroises que la justification d'une telle dérogation prévue à l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique doit être interprétée à la lumière de la Charte, conformément aux arguments développés ci-dessous au point 2.3, et que la mesure devrait toujours être nécessaire et appropriée pour se conformer à l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique. Les autorités hongroises n'ont fourni aucune information, dans le cadre de la présente notification, pour justifier comment le projet notifié remplirait ces conditions.

Par conséquent, de l'avis de la Commission, en l'état, le projet notifié constitue une restriction injustifiée à la libre prestation de services de la société de l'information à partir d'un autre État membre, en violation de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique et de la jurisprudence récente de la CJUE.

2.2. Évaluation à la lumière du règlement sur les services numériques

⁹) Affaire C-376/22, *Google Ireland et autres*, ECLI:EU:C:2023:835. En particulier, les points 59 et 60:

«59. Une telle interprétation a, au contraire, pour conséquence que les États membres ne sont, par principe, pas autorisés à adopter de telles mesures, de telle sorte que la vérification que ces mesures sont nécessaires pour satisfaire à des raisons impérieuses d'intérêt général n'est même pas requise.

60 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que des mesures générales et abstraites visant une catégorie de services donnés de la société de l'information décrite en des termes généraux et s'appliquant indistinctement à tout prestataire de cette catégorie de services ne relèvent pas de la notion de "mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information", au sens de cette disposition.»

¹⁰) Arrêt du 9 novembre 2023 dans l'affaire C-376/22, ECLI:EU:C:2023:835, points 59 et 60:

«59. Une telle interprétation a, au contraire, pour conséquence que les États membres ne sont, par principe, pas autorisés à adopter de telles mesures, de telle sorte que la vérification que ces mesures sont nécessaires pour satisfaire à des raisons impérieuses d'intérêt général n'est même pas requise.

60. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que des mesures générales et abstraites visant une catégorie de services donnés de la société de l'information décrite en des termes généraux et s'appliquant indistinctement à tout prestataire de cette catégorie de services ne relèvent pas de la notion de « mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information », au sens de cette disposition.»

Voir également l'arrêt du 30 mai 2024 dans les affaires jointes *Airbnb Ireland UC et Amazon Services Europe Srl/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, C-662/22 et C-667/22, EU:C:2024:432, point 70.

a) Applicabilité du règlement sur les services numériques

Le projet notifié relève du champ d'application du DSA.

Premièrement, en ce qui concerne le champ d'application personnel des dispositions notifiées, le projet notifié fixe des exigences relatives au commerce par correspondance et s'applique aux prestataires de services des activités commerciales au cours desquelles le professionnel fournit à l'acheteur une communication commerciale, y compris les caractéristiques et le prix du produit, ce qui permet à l'acheteur de décider de conclure une transaction. Comme l'ont confirmé les autorités hongroises, ils relèvent par définition des services de la société de l'information, et donc de l'article 3 du DSA.

Deuxièmement, en ce qui concerne le champ d'application matériel des dispositions notifiées, les autorités hongroises ont confirmé, dans le cadre des réponses à la demande d'informations supplémentaires des services de la Commission, que l'objectif allégué du projet notifié est de protéger les enfants en ligne ainsi que de faciliter la prise de décisions éclairées par les consommateurs dans le cadre de la communication commerciale. Ces objectifs constituent l'un des principaux objectifs stratégiques poursuivis par le DSA, y compris en ce qui concerne l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables ou à des produits dangereux. ⁽¹¹⁾

b) Évaluation au regard du champ d'application du DSA

La Commission tient à souligner que le DSA vise à contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur des services intermédiaires en établissant des règles pleinement harmonisées pour un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable. En particulier, elle établit un cadre réglementaire pleinement harmonisé concernant la responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires, y compris les places de marché en ligne, en ce qui concerne leurs obligations de lutter contre les contenus illicites et préjudiciables sur leurs services. Cela est souligné au considérant 9 du DSA.

La Commission rappelle que la protection des mineurs, une catégorie particulièrement vulnérable de destinataires de services intermédiaires en ligne, contre, entre autres, les contenus préjudiciables est l'un des principaux objectifs stratégiques poursuivis par le DSA, comme expliqué aux considérants 40, 71 et 81 du règlement. Plus précisément, l'article 28 du DSA est entièrement consacré à la protection des mineurs et exige des plateformes en ligne qu'elles mettent en place des mesures appropriées et proportionnées pour garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de sûreté et de sécurité des mineurs sur leur service.

Garantir un environnement en ligne sûr, fiable et transparent pour les consommateurs figure également parmi les principaux objectifs du DSA, comme précisé dans ses considérants 24, 40 et 72 à 74. Le chapitre III, section 4, du DSA prévoit des exigences spécifiques pour les places de marché en ligne (dénommées dans le DSA « plateformes en ligne permettant aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec des professionnels »), y compris en ce qui concerne les informations à afficher par les places de marché en ligne afin de permettre aux consommateurs de prendre des décisions en connaissance de cause.

En outre, les articles 34 et 35 du DSA imposent aux fournisseurs de très grandes plateformes en ligne d'évaluer les risques que leurs services peuvent créer pour les

¹¹ (Voir les articles 1^{er}, 28, 30, 31, 34 et 35, ainsi que les considérants 40, 71, 74, 81, 83 et 89 du DSA.

mineurs et les consommateurs et de prendre des mesures ciblées et efficaces pour les atténuer.

En outre, même si le projet notifié constituait une mesure de protection des mineurs (ce qui n'est pas le cas), il imposerait aux fournisseurs de plateformes en ligne, y compris certains désignés comme de très grandes plateformes en ligne, des exigences visant à protéger les mineurs contre certains contenus que les autorités nationales considèrent comme préjudiciables à leur développement, complétant ainsi les dispositions pleinement harmonisées du DSA.

La Commission invite les autorités hongroises à veiller à ce que le texte définitif soit conforme au principe d'applicabilité directe du DSA dans tous les États membres.

Pour les raisons exposées ci-dessus, l'article 1^{er} du projet notifié est jugé incompatible avec l'effet d'harmonisation complète du DSA.

c) Système de surveillance et d'exécution

Le contrôle et l'exécution du respect des obligations énoncées dans le projet notifié sont régis par le décret gouvernemental n° 210/2009 du 29 septembre 2009 relatif aux conditions d'exercice des activités commerciales, que le projet notifié vise à modifier. Ces compétences sont confiées aux autorités nationales hongroises compétentes.

Pour que le DSA soit pleinement efficace dans la poursuite d'objectifs tels que la protection des mineurs et des consommateurs, qui est également visée par le projet notifié, il est essentiel de préserver l'effet d'harmonisation du DSA ainsi que son système de surveillance et d'application.

Conformément au chapitre IV du DSA, la surveillance et l'application du DSA reposent sur une coopération étroite, d'une part, entre les coordinateurs nationaux désignés pour les services numériques (et les autres autorités compétentes) en vertu du principe du pays d'origine et, d'autre part, entre ces autorités nationales et la Commission (articles 55 et 56 du DSA).

La Commission invite donc les autorités hongroises à veiller à ce que le projet notifié ne mette pas en péril l'architecture de surveillance et d'application du DSA.

d) Absence d'obligations générales de surveillance

Sur la base des informations mises à la disposition de la Commission, il n'apparaît pas clairement comment les fournisseurs relevant du champ d'application du projet notifié doivent se conformer aux exigences en matière de marquage. En particulier, l'article 1^{er} du projet notifié impose aux fournisseurs de services de la société de l'information relevant du champ d'application, y compris les services intermédiaires tels que définis dans le DSA, de marquer certains produits comme «Contenu sensible!» d'une manière clairement visible dans les cas où: i) ces produits sont destinés aux enfants; et ii) l'élément essentiel est la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité ou la promotion ou la représentation de la réassignation sexuelle ou de l'homosexualité ou

des identités de genre qui ne correspondent pas au genre assigné à la naissance, afin de pouvoir commercialiser ces produits.

À cet égard, les services de la Commission ont posé des questions dans le cadre de la demande d'informations supplémentaires, auxquelles les autorités hongroises n'ont toutefois pas répondu. Il n'apparaît donc pas clairement comment ces fournisseurs de services intermédiaires sont censés déterminer si les produits sont destinés aux enfants et, plus particulièrement, si l'élément essentiel est la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité ou la promotion ou la représentation de la réassignation sexuelle ou de l'homosexualité ou des identités de genre qui ne correspondent pas au sexe attribué à la naissance. En particulier, il n'apparaît pas clairement si les fournisseurs de services intermédiaires doivent uniquement s'appuyer sur les informations fournies par les professionnels ou s'ils sont tenus d'effectuer des exercices généraux supplémentaires d'établissement des faits et de surveiller le contenu disponible sur leurs services.

Sur la base des informations mises à disposition, la Commission ne peut exclure que les obligations du projet notifié n'obligent pas les fournisseurs de services intermédiaires à effectuer des exercices généraux d'enquête et de suivi du contenu disponible sur leurs services, ce qui serait contraire à l'article 8 du DSA.

2.3. Violation éventuelle de la directive 123/2006/CE sur les services

Le projet de mesure notifié violerait également la directive sur les services si le projet de législation s'appliquait à des activités non couvertes par les dispositions susmentionnées, c'est-à-dire des activités de vente de biens effectuées sans recourir à des services de la société de l'information. Ces activités seraient couvertes par la directive sur les services, étant donné que le commerce de détail est une activité de service à laquelle la directive s'applique. En outre, l'article 16 de la directive sur les services n'autorise des restrictions que si elles sont justifiées par l'un des quatre objectifs d'intérêt public énumérés à l'article 16, à savoir l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique et la protection de l'environnement. Les autorités hongroises n'identifient pas et n'étaient pas dans quelle mesure le projet de législation poursuit les raisons d'intérêt public admises par l'article 16 de la directive sur les services, ni ne fournissent d'éléments de preuve ou d'analyse adéquats sur la nécessité et la proportionnalité des restrictions envisagées.

2.4. Appréciation au titre de l'article 56 du TFUE

Il convient également de noter que, même dans le cas de matières pour lesquelles il existe une législation secondaire de l'Union et où les lois nationales sont appréciées au regard de ces règles spécifiques, les libertés fondamentales garanties par le traité, y compris l'article 56 du TFUE, peuvent s'appliquer. En particulier, l'article 56 du TFUE peut s'appliquer aux services transfrontaliers soumis aux dispositions attaquées dans la mesure où ces services ne sont pas harmonisés de manière exhaustive par le droit dérivé. Selon une jurisprudence constante de la CJUE, toute mesure susceptible d'interdire, de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la libre prestation de services doit être considérée comme constituant une restriction au sens de l'article 56 du TFUE (voir, *entre autres*, l'affaire C-465/05 *Commission vs. Italie*, point 17). En outre, il convient de

souligner que l'article 56 du TFUE exige la suppression de toutes les restrictions à la libre prestation des services, même si ces restrictions s'appliquent indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elles sont susceptibles d'interdire, d'entraver ou de rendre moins avantageuses les activités d'un prestataire établi dans un autre État membre où il fournit légalement des services similaires. La libre prestation des services profite à la fois aux prestataires et aux destinataires des services (voir, *entre autres*, l'affaire C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, point 51). La CJUE a jugé que les mesures nationales qui restreignent l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité ne peuvent être justifiées que si elles remplissent quatre conditions: elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire; elles doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général; elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent (y compris en ce qui concerne leur cohérence); et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et ne peuvent être remplacées par des moyens moins restrictifs (C-424/97 *Haim*, point 57; C-65/05 *Commission vs. Grèce*, point 49; C-134/05 *Commission vs Italie*, paragraphe 24).

2.5. Évaluation au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La Commission tient tout d'abord à rappeler que, conformément à l'article 2, paragraphe 1, du TUE, l'Union est fondée sur les valeurs, *entre autres*, d'égalité, d'État de droit et de respect des droits de l'homme. Conformément à l'article 6, paragraphe 1, du TUE, l'Union reconnaît les droits, libertés et principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «la Charte») ⁽¹²⁾, qui a la même valeur juridique que les traités. En outre, conformément à l'article 6, paragraphe 3, du TUE, les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, constituent des principes généraux du droit de l'Union.

Le projet de loi notifié relève du champ d'application du droit de l'Union tel que décrit ci-dessus et doit donc être conforme à la Charte. Dans la mesure où elle impose l'obligation d'étiqueter un produit avec «Contenu sensible!» d'une manière clairement visible lorsqu'il représente ou promeut une identité de genre ne correspondant pas au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité, elle constitue une restriction du droit à la liberté d'expression et d'information et du droit à la non-discrimination des groupes représentés par le produit, tel qu'ils sont consacrés respectivement aux articles 11 et 21 de la Charte.

i. Sur la restriction du droit à la liberté d'expression — Article 11 de la Charte des droits fondamentaux

Le droit à la liberté d'expression interprété, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, conformément à la disposition correspondante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) (article 10 de la CEDH) et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), a une portée très large et s'applique non seulement aux «informations» ou «idées» qui sont accueillies favorablement ou considérées comme inoffensives ou comme une question d'indifférence, mais également à celles qui offensent, choquent ou dérangent. Ce droit

¹²) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne C 326, 26.10.2012, p. 391-407.

constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et garantit le pluralisme, la tolérance et l'ouverture d'esprit ⁽¹³⁾.

L'obligation d'étiqueter avec «Contenu sensible!» un produit qui représente ou promeut une identité de genre ne correspondant pas au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité, n'est pas claire, est très vague et pourrait couvrir un large éventail de contenus. En outre, elle a un effet stigmatisant car cette étiquette est généralement associée à l'alerte sur les contenus dangereux, alors que dans ce cas, elle devrait être appliquée aux produits simplement parce que ceux-ci sont considérés comme représentant ou promouvant une différence par rapport à l'identité personnelle correspondant au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité. En outre, l'identification de ce qui doit être considéré comme «l'élément dominant» d'un produit ainsi que le concept de «promotion» sont des concepts très vagues et peu spécifiques.

L'obligation litigieuse contenue dans le décret constitue une restriction à la liberté d'expression des producteurs et des distributeurs des produits représentant ou promouvant ce contenu dans la mesure où elle peut décourager leur production et leur commercialisation si le producteur ou le distributeur craint que cela soit qualifié de représentation ou de promotion d'une différence par rapport à l'identité personnelle correspondant au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité.

La règle contestée dissuade fortement quiconque de discuter, de promouvoir ou de dépeindre les relations et les problèmes de personnes qui ne sont pas hétérosexuelles et cisgenres, tout en dissuadant les personnes concernées d'exprimer publiquement leur orientation sexuelle, leur changement de sexe ou leur identité personnelle divergente de la naissance, de transmettre leurs points de vue et leurs opinions à ce sujet et de coopérer avec les fournisseurs de contenu décrivant de telles situations. Un tel «effet dissuasif» porte manifestement atteinte à la liberté d'expression ⁽¹⁴⁾.

Cette mesure pourrait avoir pour conséquence de décourager certains producteurs et distributeurs, qui auraient tendance à ne produire/distribuer que des produits qui ne représenteraient pas une partie de la société, ce qui aurait un impact sérieux sur le débat public sur des questions sociales importantes, qui est au cœur de toute société démocratique ⁽¹⁵⁾.

ii. Sur la limitation du droit à la non-discrimination — Article 21 de la Charte des droits fondamentaux

L'article 21 de la Charte interdit toute discrimination fondée sur quelque motif que ce soit, y compris sur le sexe ou l'orientation sexuelle. Selon la jurisprudence de la CJUE, la discrimination à l'égard des personnes en raison d'une réassignation sexuelle relève de la discrimination fondée sur le sexe, qui est également interdite par l'article 23 de la Charte.

Le projet notifié repose sur l'affirmation totalement injustifiée et non étayée selon laquelle la référence à l'homosexualité ou à la vie non cisgenre représente une menace

¹³ () Arrêt de la CEDH du 7 décembre 1976, *Handyside vs. Royaume-Uni*, n° 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, point 49.

¹⁴ () CEDH, arrêt du 20 juin 2017, *Bayev e.a. vs. Russie*, 67667/09 et autres, ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709, point 62.

¹⁵ () Avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur la question de l'interdiction de la «propagande de l'homosexualité» à la lumière de la législation récente de certains États membres du Conseil de l'Europe, 14-15 juin 2013.

pour le développement physique, mental ou moral des mineurs. Toutefois, la Commission considère que l'inverse est vrai. La restriction du contenu décrivant la vie des non-hétérosexuels ou des non-cisgenres vise à réduire la disponibilité d'informations sur les personnes et les vies qui font partie intégrante de la société. Une telle restriction est susceptible de favoriser un sentiment de «non-appartenance», de stigmatisation et d'aliénation des personnes, notamment des jeunes et des adolescents dont l'identité de genre ou l'orientation sexuelle peut ne pas être conforme aux «normes sociales traditionnelles». De l'avis de la Commission, les mesures restrictives sont donc susceptibles de causer un préjudice plutôt que de l'éviter. Le projet notifié contient en réalité des mesures discriminatoires à l'égard des personnes ayant des orientations sexuelles et des identités de genre différentes, y compris les mineurs, ce qui constitue une violation de la Charte. Bien que la Hongrie invoque formellement la protection des mineurs (qui constitue bien entendu un intérêt public légitime en tant que tel), la justification avancée par la Hongrie ne saurait donc être considérée comme valable au regard de la Charte.

En imposant l'obligation d'insérer une étiquette indiquant la sensibilité d'un contenu lorsqu'un produit représente ou promeut une identité de genre ne correspondant pas au sexe à la naissance, une réassignation sexuelle ou l'homosexualité, ou la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité, le décret introduit une distinction selon que les producteurs et les distributeurs mettent sur le marché un produit contenant certains points de vue ou comportements considérés comme «traditionnels» et donc présumés généralement acceptés, par opposition à la commercialisation de produits contenant d'autres points de vue ou comportements — parmi lesquels ceux représentant les personnes LGBT — qui ne sont pas présumés généralement acceptés et sont, au contraire, considérés comme dangereux pour les enfants.

La règle contestée restreint la possibilité pour les personnes non hétérosexuelles et non cisgenres d'être promues (également au sens de la description des risques découlant de la stigmatisation de la divergence par rapport au sexe à la naissance, du changement de sexe ou de l'homosexualité, ou de la discussion équilibrée de ceux-ci, ou de la promotion de l'acceptation de la diversité à cet égard) ou simplement d'être représentées lorsque, en vertu des règles attaquées, elles ne peuvent pas apparaître librement, car toute démonstration de leur orientation sexuelle ou situation de changement de sexe ou d'identité s'écartant de celle de la naissance devra être évitée ou retirée, lorsqu'elles apparaissent dans des produits pour enfants.

Lorsqu'un État membre, lorsqu'il agit dans le champ d'application du droit de l'Union, traite les producteurs et les distributeurs qui produisent et mettent sur le marché des biens présentant des personnes LGBTIQ+ d'une manière moins favorable que d'autres (c'est-à-dire les producteurs et les distributeurs qui produisent et mettent sur le marché des biens pour lesquels il ne serait pas nécessaire d'insérer une clause de non-responsabilité) sur la base du fait que le bien qui est mis sur le marché représente ou promeut une identité de genre ne correspondant pas au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité, il est discriminatoire en raison du sexe et de l'orientation sexuelle, indépendamment du sexe ⁽¹⁶⁾ ou de l'orientation sexuelle des producteurs ou des distributeurs, et une telle distinction ne saurait être objectivement justifiée, cette imposition serait contraire à l'article 21 de la Charte.

¹⁶() Selon la jurisprudence de la Cour, la discrimination à l'égard des personnes en raison d'une réassignation sexuelle relève de la discrimination fondée sur le sexe, voir l'affaire C-423/04, *Richards*, ECLI:EU:C:2006:256)

iii. *Justification*

Conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, les ingérences décrites ci-dessus ne seront acceptables que dans la mesure où elles sont prescrites par la loi, respectent l'essence des droits et libertés concernés et, dans le respect du principe de proportionnalité, sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et à la nécessité de protéger les droits et libertés des autres.

Dans les échanges écrits avec la Commission, les autorités hongroises se sont appuyées sur plusieurs justifications qui, selon elles, justifient la décision contestée. Selon les informations fournies par les autorités hongroises, la mesure « *vise à renforcer les compétences parentales lors de l'achat de produits pour enfants en ligne, conformément à l'engagement de la Hongrie en faveur de la protection de l'enfance »* et, en fin de compte, « *à protéger les mineurs et à promouvoir des choix éclairés pour les consommateurs. »*

La Commission considère que la mesure contestée ne saurait être considérée comme poursuivant un but légitime au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et note que les justifications de la décision en vue de la protection des consommateurs et des enfants ne semblent étayées par aucune appréciation expliquant pourquoi un produit représentant et promouvant ledit contenu porterait préjudice à ces catégories de personnes.

En ce qui concerne la protection des consommateurs, l'article 38 de la Charte exige que les politiques de l'Union garantissent un niveau élevé de protection des consommateurs. Dans cette optique, l'Union a adopté des dispositions juridiques visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs, y compris des obligations d'information pour les professionnels. Comme décrit ci-dessus, le DSA prévoit des obligations pour les fournisseurs de places de marché en ligne en ce qui concerne les informations à afficher afin de permettre aux consommateurs de prendre des décisions en connaissance de cause. L'article 6 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs fixe des exigences en matière d'information précontractuelle et l'article 7 de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales impose aux professionnels de fournir aux consommateurs des informations substantielles dont le consommateur moyen a besoin, en fonction du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. La directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs est une directive d'harmonisation complète ⁽¹⁷⁾ et son article 6 ne contient pas d'exigence d'information concernant la «représentation ou la promotion d'une identité de genre ne correspondant pas au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité». L'article 6, paragraphe 8, de ladite directive prévoit que ces exigences en matière d'information s'ajoutent aux exigences en matière d'information énoncées dans les directives 2006/123/CE et 2000/31/CE (directive sur le commerce électronique) et n'empêchent pas les États membres d'imposer des exigences supplémentaires en matière d'information conformément à ces directives.

En l'espèce, ni les risques ni le degré de gravité des préjudices en jeu pour les consommateurs n'ont été suffisamment expliqués par les autorités hongroises. En tout état de cause, la protection des consommateurs au titre de l'article 38 de la Charte doit être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux. Une mesure nationale

¹⁷ (L'article 4 de la directive 2011/83 énonce: « Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écarter de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement »).

poursuivant (prétendument) l'objectif général d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs ne doit pas prévaloir sur des droits fondamentaux plus spécifiques, en particulier le droit à la non-discrimination prévu à l'article 21, qui prévoit une interdiction claire de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

L'autre objectif déclaré est la nécessité de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sauvegarder le droit des parents de choisir l'éducation qui sera donnée à leur enfant ⁽¹⁸⁾.

La protection de ces droits, telle que mise en avant par les autorités hongroises, ne saurait être considérée comme justifiant cette mesure contestée. Les autorités hongroises n'ont fourni aucune justification quant à la raison pour laquelle l'exposition des enfants à de tels contenus serait préjudiciable à leur bien-être ou ne serait pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il convient de noter que la jurisprudence constante de la CEDH affirme que: *«il n'existe aucune preuve scientifique ou donnée sociologique à la disposition de la Cour suggérant que la simple mention de l'homosexualité, ou un débat public ouvert sur le statut social des minorités sexuelles, affecterait négativement les enfants ou les «adultes vulnérables»»* ⁽¹⁹⁾. Au contraire, et comme le reconnaît l'avis de la Commission de Venise mentionné ci-dessus, *«ce n'est qu'au moyen d'un débat équitable et public que la société peut aborder des questions aussi complexes [que celle soulevée en l'espèce]. Un tel débat, soutenu par la recherche universitaire, bénéficierait à la cohésion sociale en garantissant que les représentants de tous les points de vue soient entendus, y compris les personnes concernées. Cela permettrait également de clarifier certains points communs de confusion, comme si une personne peut être éduquée ou attirée dans ou hors de l'homosexualité, ou opter pour ou hors de celle-ci volontairement»* ⁽²⁰⁾. En outre, à cette occasion, la Commission de Venise a noté que le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans le cas de *Fedotova vs. Russie*, *«a dûment distingué les «actions visant à impliquer des mineurs dans une activité sexuelle particulière» de «donner expression à [son] identité sexuelle» et de «chercher à la comprendre»»*.

La Commission note que la Hongrie n'a pas démontré que la promotion (prévue *entre autres* comme la description des risques découlant de la stigmatisation de la divergence par rapport au sexe à la naissance, du changement de sexe ou de l'homosexualité, ou de leur discussion équilibrée, ou de la promotion de l'acceptation de la diversité à cet égard) ou la simple représentation d'une déviation de l'identité correspondant au sexe à la naissance, au changement de sexe ou à l'homosexualité affecteraient négativement les enfants.

En outre, dès lors que la disposition attaquée comporte des mesures stigmatisant notamment les personnes LGBTIQ+ et les personnes ayant des orientations sexuelles différentes, y compris les mineurs, les règles attaquées ne sauraient être justifiées par l'intérêt général d'ordre public que constitue la protection des mineurs et la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de l'article 24 de la Charte.

Le troisième objectif déclaré, étroitement lié à celui de la protection des enfants, concerne le droit à l'éducation. Toutefois, étant donné que la mesure n'est pas liée à des produits vendus à des fins éducatives, mais s'applique à tout produit destiné aux enfants,

¹⁸() Voir la réponse à la question 6 *«Il résulte de ce qui précède que la Hongrie a l'obligation légale d'aider et de soutenir activement les parents dans l'exercice de leurs responsabilités parentales, tout en ayant un droit irréaliste de le faire en fonction de leurs valeurs morales et philosophiques, en fonction de la maturité et de l'âge de l'enfant.»*

¹⁹() CEDH, arrêt du 21 octobre 2021, *Alekseyev vs. Russie*, requête n° 4916/07 et autres, ECLI:CE:ECHR:2010:1021JUD000491607, point 86.

²⁰ () CEDH, arrêt *Alekseyev vs. Russie*, précité, point 86.

elle ne semble pas axée sur la protection du droit à l'éducation. En outre, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, «les dispositions de la convention et du protocole doivent être lues dans leur ensemble». (...) «Les deux phrases de l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (droit à l'éducation) doivent être lues non seulement à la lumière l'une de l'autre, mais aussi, en particulier, des articles 8, 9 et 10 de la Convention qui proclament le droit de toute personne, y compris les parents et les enfants, (...) à la «liberté de pensée, de conscience et de religion» et à la «liberté ... de recevoir et de répandre des informations et des idées» ⁽²¹⁾.

Enfin, les règles contestées vont au-delà de ce qui est nécessaire. Elles sont trop complètes car elles interdisent tout affichage d'orientations sexuelles, quel que soit le contexte spécifique dans lequel (toute) orientation sexuelle est exprimée ou le caractère explicite du contenu sexuel.

Comme indiqué précédemment, en l'absence de toute évaluation spécifique, la Commission estime qu'il ne semble pas justifié de supposer, de manière générale, qu'un produit représentant ou promouvant une identité de genre ne correspondant pas au sexe à la naissance, à la réassignation sexuelle ou à l'homosexualité, ou à la représentation directe, naturelle ou volontaire de la sexualité, serait préjudiciable aux consommateurs et aux enfants d'une manière qui nécessite l'obligation d'insérer une clause de non-responsabilité concernant le contenu de ce produit. Au contraire, cette mesure restreint indûment la liberté d'expression des producteurs, des distributeurs et discrimine les personnes LGBT.

Conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive (UE) 2015/1535, la Commission ou un État membre peut émettre un avis circonstancié en ce sens que la mesure envisagée peut créer des obstacles à la libre circulation des services ou à la liberté d'établissement des opérateurs de services au sein du marché intérieur. À cet égard, la Commission estime que le projet notifié constitue une restriction injustifiée à la libre prestation des services de la société de l'information. En particulier, le projet notifié restreint la liberté de fournir des services de la société de l'information à partir d'un autre État membre, en violation de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique et de la jurisprudence récente de la CJUE.

En conséquence, la Commission émet un avis circonstancié conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive (UE) 2015/1535.

La Commission rappelle aux autorités hongroises que, conformément à cet article, l'émission d'un avis circonstancié implique que l'État membre auteur du projet de règlement technique concerné est tenu de reporter son adoption de quatre mois à compter de la date de sa notification. Ce délai expire donc le 2 octobre 2024.

En outre, la Commission attire l'attention des autorités hongroises sur le fait que, en vertu de cette disposition, l'État membre destinataire d'un avis circonstancié est tenu d'informer la Commission de l'action qu'il entend entreprendre à l'égard d'un tel avis.

La Commission invite en outre les autorités hongroises à lui communiquer le texte définitif une fois qu'il aura été adopté, conformément à l'article 5, paragraphe 3, de la directive (UE) 2015/1535.

²¹) Arrêt de la CEDH du 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen vs. Danemark*, app. n° 5095/71 et autres, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000509571, point 52.

Si les autorités hongroises ne respectent pas les obligations prévues par la directive (UE) 2015/1535 ou si le texte du projet de règle technique considéré est adopté sans tenir compte des objections soulevées ou contraires au droit de l'Union, la Commission se réserve le droit d'engager une procédure contre la France conformément à l'article 258 du TFUE.

Les services de la Commission sont ouverts à une coopération étroite et à des discussions avec les autorités françaises sur les solutions possibles aux problèmes identifiés, dans le plein respect du droit de l'Union.

Veillez agréer, Madame/Monsieur, l'expression de ma considération distinguée,

Pour la Commission

Thierry Breton
Membre de la Commission