



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 26 juillet 2017¹

Affaire C-255/16

**Anklagemyndigheden
contre
Bent Falbert,
Poul Madsen,
JP/Politikens Hus A/S**

[demande de décision préjudicielle formée par le Københavns Byret (tribunal municipal de Copenhague, Danemark)]

« Renvoi préjudiciel – Procédure de notification des réglementations techniques –
Réglementations techniques dans le secteur des jeux – Obligation des États membres de notifier à la Commission européenne les projets de réglementations techniques – Loi nationale sanctionnant l'offre de jeux, de loteries ou de paris non agréés ainsi que la publicité pour des jeux, des loteries et des paris non agréés »

I. Introduction

1. MM. Bent Falbert et Poul Madsen ainsi que la société JP/Politikens Hus A/S font l'objet de poursuites pénales au Danemark pour leur participation à des campagnes publicitaires en faveur de services de jeux en ligne non agréés, parues dans le quotidien *Ekstra Bladet* ainsi que sur son site Internet. La lov om visse spil, lotterier og væddemål (loi danoise sur les jeux, les loteries et les paris) prévoit que la publicité pour des jeux, des loteries et des paris non agréés est sanctionnée pénalement.

2. Les défenderesses au principal font notamment valoir que cette disposition du droit danois constitue une « réglementation technique », au sens de la directive 98/34/CE², telle que modifiée par la directive 98/48/CE³ (ci-après la « directive 98/34 »), qui n'a pas été notifiée à la Commission européenne. Elle ne peut donc être invoquée contre elles. C'est dans ce contexte que le Københavns Byret (tribunal municipal de Copenhague, Danemark) demande s'il aurait dû être procédé à une notification en application de la directive 98/34.

¹ Langue originale : l'anglais.

² Directive du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1998, L 204, p. 37).

³ Directive du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1998, L 217, p. 18).

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 98/34

3. L'article 1^{er} de la directive 98/34 dispose :

« Au sens de la présente directive, on entend par :

[...]

- 2) "service" : tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Aux fins de la présente définition, on entend par :

- les termes "à distance" : un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes,
- "par voie électronique" : un 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,
- "à la demande individuelle d'un destinataire de services" : un service fourni par transmission de données sur demande individuelle.

[...]

- 5) "règle relative aux services" : une exigence de nature générale relative à l'accès aux activités de services visées au point 2 et à leur exercice, notamment les dispositions relatives au prestataire de services, aux services et au destinataire de services, à l'exclusion des règles qui ne visent pas spécifiquement les services définis au même point.

[...]

Aux fins de la présente définition :

- une règle est considérée comme visant spécifiquement les services de la société de l'information lorsque, au regard de sa motivation et du texte de son dispositif, elle a pour finalité et pour objet spécifiques, dans sa totalité ou dans certaines dispositions ponctuelles, de réglementer de manière explicite et ciblée ces services,
- une règle n'est pas considérée comme visant spécifiquement les services de la société de l'information si elle ne concerne ces services que d'une manière implicite ou incidente.

[...]

- 11) "règle technique" : une spécification technique ou autre exigence ou une règle relative aux services, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont l'observation est obligatoire de jure ou de facto, pour la commercialisation, la prestation de services,

l'établissement d'un opérateur de services ou l'utilisation dans un État membre ou dans une partie importante de cet État, de même que, sous réserve de celles visées à l'article 10, les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres interdisant la fabrication, l'importation, la commercialisation ou l'utilisation d'un produit ou interdisant de fournir ou d'utiliser un service ou de s'établir comme prestataire de services. »

4. L'article 8, paragraphe 1, de la directive 98/34 dispose :

« 1. Sous réserve de l'article 10, les États membres communiquent immédiatement à la Commission tout projet de règle technique, sauf s'il s'agit d'une simple transposition intégrale d'une norme internationale ou européenne, auquel cas une simple information quant à la norme concernée suffit. Ils adressent également à la Commission une notification concernant les raisons pour lesquelles l'établissement d'une telle règle technique est nécessaire, à moins que ces raisons ne ressortent déjà du projet. »

B. Le droit danois

5. La lov nr. 204 om ændring af lov om visse spil, lotterier og væddemål og andre love og om ophævelse af lov om væddemål i forbindelse med heste – og hundevæddeløb (loi n° 204 modifiant la loi sur certains jeux, loteries et paris ainsi que d'autres lois et abrogeant la loi sur les paris sur les courses hippiques et de lévriers), du 26 mars 2003 (ci-après la « loi modificative de 2003 ») procède à la fusion de deux lois antérieures sur les jeux ainsi que sur les paris sur les courses hippiques et de lévriers et en modifie certaines dispositions.

6. Ces modifications ont notamment été apportées dans la première partie de l'article 10 de la loi modificative de 2003⁴, qui dispose :

« Est puni d'une peine d'amende ou d'emprisonnement de six mois au plus quiconque, délibérément ou par négligence grave :

- 1°) fait commerce de jeux, de loteries ou de paris sur le territoire national sans y être autorisé en application de l'article 1^{er},
- 2°) distribue des jeux, des loteries ou des paris ne bénéficiant pas d'une autorisation en application de l'article 1^{er}.

[...]

3. Est puni d'une peine d'amende quiconque, délibérément ou par négligence grave :

[...]

- 3°) fait de la publicité pour des jeux, des loteries ou des paris qui n'ont pas été autorisés en application de l'article 1^{er}. »

7. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la loi modificative de 2003 une seule société peut bénéficier d'un agrément (créant un monopole).

4 Stricto sensu, il ne s'agit pas de l'article 10 de la loi modificative de 2003, mais de l'article 10 de la loi sur certains jeux, loteries et paris, qui a été modifié par l'article 1^{er}, paragraphe 20, de la loi modificative de 2003. Par commodité, je me référerai cependant à « l'article 10 de la loi modificative de 2003 ».

8. L'exposé des motifs du projet de loi, devenu la loi modificative de 2003⁵, présentait ainsi les objectifs poursuivis conformément à l'article 10, paragraphe 3, point 3 :

« Il est proposé d'instituer une interdiction de la publicité pour les jeux, les loteries et les paris non autorisés en application de la présente loi.

Cette modification correspond à l'interdiction figurant actuellement à l'article 12, paragraphe 3, de la loi sur les courses hippiques et de lévriers et apporte des précisions à l'actuel article 10, paragraphe 4, de la loi sur le loto sportif et les lotos.

Cette interdiction vise à protéger les opérateurs de jeux agréés par les autorités danoises contre la concurrence d'entreprises ne disposant pas d'un tel agrément et qui, légalement, ne peuvent donc pas faire commerce ou distribuer des jeux au Danemark.

Par publicité au sens de la présente loi, il faut entendre toute forme d'annonce ou de communication d'information sur les activités et les offres commerciales d'opérateurs de jeux.

Toutefois, cette interdiction ne vaut pas pour des mentions rédactionnelles dans des médias écrits ou numériques.

Cette interdiction s'applique quel que soit le média. La publicité est donc interdite tant dans la presse écrite qu'à la radio, la télévision et les médias numériques, par exemple sous forme de bandeaux publicitaires.

La publicité pour les activités des opérateurs de jeux, notamment pour leurs sites Internet, adresses, etc., est également interdite en application de l'article 10, paragraphe 3, point 3. »

9. Suite à l'ouverture d'une procédure d'infraction, la loi modificative de 2003 a été abrogée et remplacée par une nouvelle loi, qui a été notifiée à la Commission. Toutefois, la loi modificative de 2003 est applicable aux faits du litige au principal.

III. Les faits, la procédure et la question préjudicielle

10. Les défenderesses au principal sont les ancien et actuel responsables de la publication du quotidien *Ekstra Bladet* ainsi que son propriétaire. Elles font l'objet de poursuites pénales au Danemark pour les faits de publicité dans le quotidien *Ekstra Bladet*, ainsi que sur les sites Internet www.ekstrabladet.dk et www.ekstrabladet.tv, au profit de sociétés de paris proposant des jeux et des paris au Danemark sans y avoir obtenu un agrément.

11. L'article 10, paragraphe 1, point 1, de la loi danoise sur les jeux, les loteries et les paris prévoit des sanctions pénales pour le fait de *faire commerce* de jeux, de loteries ou de paris, sans agrément (ci-après la « règle 10-1-1 »). L'article 10, paragraphe 3, point 3, de la même loi (ci-après la « règle 10-3-3 ») prévoit l'imposition d'amendes pour le fait de *faire de la publicité* pour des jeux, des loteries ou des paris non agréés. Ces deux règles figuraient dans la loi modificative de 2003, modifiant et consolidant des dispositions correspondantes des lois existantes en la matière.

⁵ Comme il a été exposé lors de l'audience, dans le cadre de la procédure législative danoise, l'auteur d'un projet de loi communique également un exposé des motifs à l'assemblée législative. Ce document est dénommé « Projet de loi commenté » (*Lovforslag med bemærkninger*). Dans le cadre des présentes conclusions, j'utiliserai l'expression « observations [sur le projet de loi de 2003] » lorsque je viserai la situation propre au Danemark. J'examinerai la notion de « motivation », au sens de l'article 1^{er}, point 5, de la directive 98/34, d'une manière plus générale aux points 81 à 87 des présentes conclusions.

12. Dans le cadre de la libéralisation du marché des jeux au Danemark, la loi modificative de 2003 a été abrogée en 2010. Néanmoins, les procédures pénales contre les défenderesses au principal ont été ouvertes à une époque où la règle 10-3-3 était toujours applicable.

13. Devant le Københavns Byret (tribunal municipal de Copenhague), les défenderesses au principal soutiennent que la règle 10-3-3 est une « règle relative aux services [de la société de l'information] », au sens de l'article 1^{er}, point 5, de la directive 98/34. Dès lors, conformément aux dispositions de l'article 8, paragraphe 1, de cette même directive, cette règle aurait dû être notifiée à la Commission. N'ayant pas été notifiée, les défenderesses au principal plaident qu'elle ne peut être invoquée à leur égard.

14. Le texte de la règle 10-3-3 ne mentionne pas explicitement les services de la société de l'information. Toutefois, dans sa saisine préjudicielle, la juridiction nationale renvoie à des extraits de l'exposé des motifs du projet de loi modificative de 2003. Ces extraits mentionnent notamment les services de jeux en ligne. En conséquence, la juridiction de renvoi est d'avis que la règle 10-3-3 est susceptible de relever de la notion de « règle relative aux services [de la société de l'information] » et donc de l'obligation de notification prévue à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 98/34.

15. Au vu de ce qui précède, le Københavns Byret (tribunal municipal de Copenhague) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Est-on en présence d'une règle soumise à obligation de notification en application de l'article 8, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'article 1^{er}, points 1, 2, 5 et 11, de la directive 98/34 [...], dans une situation telle que la suivante :

a) doit être mise en œuvre une loi modifiant une loi relative à certains jeux, loteries et paris qui introduit une disposition prévoyant des sanctions pénales, notamment pour quiconque, délibérément ou par négligence grave, "fait commerce de jeux, de loteries ou de paris sur le territoire national sans y être autorisé en application de l'article 1^{er}" ainsi que quiconque qui, délibérément ou par négligence grave, "fait de la publicité pour des jeux, des loteries ou des paris qui n'ont pas été autorisés en application de l'article 1^{er}" ;

et

b) il ressort des travaux préparatoires à cette loi modificative [*"bemærkningerne til forslaget til ændringsloven"*] que l'objectif poursuivi par ces dispositions pénales est, d'une part, de préciser ou d'instituer une interdiction des jeux en ligne proposés par des entreprises étrangères de jeux qui s'adressent directement au marché danois et, d'autre part, d'interdire la publicité, notamment pour les jeux en ligne proposés par des entreprises étrangères de jeux, sachant qu'il est indiqué dans ces mêmes travaux préparatoires que, suivant la réglementation antérieure, il est incontestable que sont interdits les jeux d'une entreprise étrangère de jeux qui utilise des canaux de distribution par lesquels ils sont commercialisés physiquement sur le territoire national danois, mais qu'il est permis de s'interroger si relèvent également de ces dispositions les jeux étrangers qui s'adressent à des joueurs danois mais sont localisés physiquement en dehors du territoire national danois, et qu'il y a donc lieu de préciser que de tels jeux sont également visés. Il ressort également des travaux préparatoires qu'il est proposé d'instituer une interdiction de la publicité pour les jeux, les loteries et les paris n'ayant pas obtenu un agrément en application de cette même loi, que la modification est conforme à l'interdiction en vigueur en application de l'article 12, paragraphe 3, de la loi sur les courses hippiques et de lévriers et qu'elle vient préciser les dispositions de l'article 10, paragraphe 4, de la loi sur le loto sportif et sur les lotos alors en vigueur. Il ressort également des travaux préparatoires que l'interdiction vise à protéger les opérateurs de jeux agréés par les autorités danoises contre la concurrence d'entreprises ne bénéficiant pas d'un tel agrément et qui ne sont donc pas légalement autorisées à proposer ou à distribuer des jeux au Danemark ? »

16. Des observations écrites ont été soumises par les défenderesses au principal, par les gouvernements danois et portugais, ainsi que par la Commission. Les parties intéressées ayant participé à la phase écrite de la procédure, ainsi que le gouvernement roumain, ont également présenté des observations lors de l'audience du 11 mai 2017.

IV. Appréciation

17. Par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la règle 10-1-1 ou la règle 10-3-3, qui prévoient des sanctions pénales contre le fait de faire commerce ou de faire de la publicité pour des jeux de paris non agréés, constituent des « règle[s] relative[s] aux services [de la société de l'information] » et donc des « réglementations techniques » qui doivent être notifiées (et sont donc « notifiables ») en application de la directive 98/34. En posant cette question, la juridiction de renvoi souligne la logique sur laquelle reposait la loi modificative de 2003, telle que présentée dans l'exposé des motifs du projet de loi.

A. Sur la recevabilité

18. Suivant l'ordonnance de renvoi, les défenderesses au principal ne sont poursuivies que pour le fait d'avoir *fait de la publicité* pour des services non agréés. Il s'ensuit que, dans la mesure où la question préjudicielle concerne également la règle 10-1-1 (qui sanctionne le fait de *faire commerce* de ces services non agréés), il est permis de s'interroger sur sa pertinence.

19. Toutefois, je ne suis pas d'avis que cette question devrait être déclarée partiellement irrecevable pour cette raison.

20. Il existe un lien évident entre la règle 10-1-1 et la règle 10-3-3. Une règle qui sanctionne la publicité de services non agréés est liée de manière inextricable à la règle de base exigeant un agrément. De fait, sans cette dernière règle, la première n'aurait pas beaucoup de sens. Dès lors, s'il devait être constaté que l'obligation d'obtenir un agrément pour des services de jeux constitue une réglementation technique qui aurait dû être notifiée, mais qui ne l'a pas été, elle ne pourrait pas, en principe, être invoquée à l'encontre de particuliers. Il est difficile qu'un tel constat ne rejaillisse pas sur l'éventuelle légalité ou illégalité de la publicité pour de tels services de jeux.

21. La question de la nature exacte de ces liens est, en dernier ressort, une question de droit national. Cependant, une certaine cohérence s'impose, du moins à première vue, relativement aux obligations de notification respectives de ces règles. Par conséquent, la question de savoir si la règle 10-1-1 aurait dû être notifiée n'est ni manifestement dénuée de pertinence ni hypothétique.

22. De plus, étant donné que les questions préjudicielles posées à la Cour bénéficient en principe d'une présomption de pertinence⁶, celle présentée par la juridiction de renvoi est, à mon avis, recevable en son entièreté.

B. Sur le fond

1. Observations liminaires

23. La réglementation nationale visée par la saisine préjudicielle régit, premièrement, les services de jeux et, secondement, les services de publicité.

⁶ Voir, notamment, arrêt du 11 novembre 2015, Pujante Rivera (C-422/14, EU:C:2015:743, point 20).

24. Dans le cadre des présentes conclusions, j'examinerai la question de savoir si, en réglementant ces deux catégories de services, la règle 10-1-1 ou la règle 10-3-3 constituent des « règle[s] relative[s] aux services [de la société de l'information] » au sens de l'article 1^{er}, point 5, de la directive 98/34.

25. Au titre 2 ci-dessous, je retiendrai que les services de jeux sont susceptibles d'être des services de la société de l'information afin de déterminer si la règle 10-1-1 ou la règle 10-3-3 sont susceptibles d'être considérées comme étant des « règle[s] relative[s] aux services [de la société de l'information] ». À mon avis, aucune de ces règles ne répond à cette qualification. Au contraire, elles paraissent toutes les deux être des mesures visant à assurer le respect de l'obligation de disposer d'un agrément. Suivant une jurisprudence bien établie, remontant à l'arrêt *CIA Security International*⁷, de telles mesures ne relèvent pas des « réglementations techniques ».

26. Au titre 3 ci-dessous, j'examinerai la question de savoir si, pour le cas où la Cour jugerait que le principe de l'exception d'autorisation de l'affaire *CIA* n'est pas applicable, la règle 10-1-1 ou la règle 10-3-3 peuvent alors être qualifiées de règles relatives aux services de *jeux* de la société de l'information. J'examinerai également la question de savoir si la règle 10-3-3 peut être qualifiée de « règle relative aux services de *publicité* de la société de l'information ». À mon avis et sous réserve d'une appréciation définitive par la juridiction nationale, la réponse est négative dans les deux cas. Aucune de ces règles ne peut être considérée comme « *visant spécifiquement* les services de la société de l'information », au sens de l'article 1^{er}, point 5, de la directive 98/34.

27. Avant de me livrer à cette analyse en profondeur, j'entends souligner que les présentes conclusions n'examineront pas la question de la compatibilité de la loi modificative de 2003 avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation. Dans sa saisine préjudicielle, la juridiction nationale fait explicitement état d'une procédure en infraction que la Commission a close à la suite de la libéralisation du marché national des jeux (abrogeant les dispositions de la loi nationale dont il est question en l'espèce). Néanmoins, la juridiction nationale a spécifiquement exclu du champ de sa question préjudicielle toute interrogation sur la compatibilité de ces dispositions de droit national avec les règles relatives à la libre circulation.

2. Les services de jeux et l'exception d'autorisation de l'affaire CIA

a) De la nature de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA

28. La notion de « règle technique » recouvre quatre catégories de mesures, à savoir : premièrement, la « spécification technique » au sens de l'article 1^{er}, point 3, de la directive 98/34 ; deuxièmement, l'« autre exigence » telle que définie à l'article 1^{er}, point 4, de cette directive ; troisièmement, la « règle relative aux services » visée à l'article 1^{er}, point 5, de ladite directive ; et, quatrièmement, les « dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres interdisant la fabrication, l'importation, la commercialisation ou l'utilisation d'un produit ou interdisant de fournir ou d'utiliser un service ou de s'établir comme prestataire de services » de son article 1^{er}, point 11⁸.

⁷ Arrêt du 30 avril 1996, *CIA Security International* (C-194/94, EU:C:1996:172).

⁸ Arrêt du 4 février 2016, *Ince* (C-336/14, EU:C:2016:72, point 70).

29. Suivant une jurisprudence constante, « les dispositions nationales qui se limitent à prévoir les conditions pour l'établissement des entreprises ou la prestation de services par celles-ci, telles que des dispositions qui soumettent l'exercice d'une activité professionnelle à un agrément préalable, ne constituent pas des règles techniques au sens de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34 »⁹. Il en va de même des dispositions de droit national portant *interdiction* aux opérateurs d'exercer certaines activités *sans agrément*. Ce sont les deux revers de la même médaille¹⁰.

30. Je désignerai ci-dessous cette exclusion des obligations d'une autorisation préalable de la notion de « règle technique » par l'expression « l'exception d'autorisation de l'affaire CIA » (d'après le premier arrêt ayant constaté et fait application de cette règle)¹¹.

b) La règle 10-1-1

31. L'exception d'autorisation de l'affaire CIA concerne les dispositions d'une loi nationale interdisant à des opérateurs d'exercer certaines activités sans autorisation. En toute logique, cette exception doit également concerner les dispositions *sanctionnant les manquements* à cette obligation d'autorisation¹². En effet, exclusion de l'obligation de notification la règle de fond exigeant une autorisation préalable (au motif qu'elle ne constitue pas une « règle technique ») tout en considérant que les dispositions d'exécution, dont la présence permet de renforcer et d'appliquer la règle de l'autorisation préalable, sont des « exigences techniques » et donc soumises à une obligation de notification, n'aurait pas beaucoup de sens.

32. Il s'ensuit donc qu'une règle telle que la règle 10-1-1, qui prévoit des peines d'amende ou d'emprisonnement pour le fait d'avoir fait commerce de jeux, de loteries ou de paris sans agrément, relève du champ d'application de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA. Elle ne constitue donc pas une « règle technique » au sens de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour.

c) La règle 10-3-3 en tant que règle relative aux services de jeux

33. Quid alors de la règle 10-3-3 qui prévoit des sanctions pour le fait de faire de la publicité pour des services de jeux non autorisés ?

34. L'exception d'autorisation de l'affaire CIA est applicable au fait d'exiger, en tant que condition préalable, l'obtention d'un agrément pour le *service principal* (les jeux). Il n'est donc pas nécessaire de notifier cette condition à la Commission.

9 Arrêts du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72), et du 13 octobre 2016, M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:771). Ces arrêts reprennent des formulations similaires figurant dans des arrêts antérieurs relatifs aux dispositions équivalentes de la directive antérieure à celle dont il est question en l'espèce [article 1^{er}, point 9, de la directive 83/189/CEE du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1983, L 109, p. 8)]. Voir, notamment, arrêt du 21 avril 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, point 87).

10 L'arrêt du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72) en offre une bonne illustration. Cette affaire concernait une loi allemande sur les jeux, dont l'une des dispositions prévoyait que « [l']organisation ou l'intermédiation des jeux de hasard publics ne peut se faire qu'avec l'autorisation de l'autorité compétente du Land concerné. Toute organisation et toute intermédiation de tels jeux sont interdites sans cette autorisation (jeu de hasard illicite) ». Les deux revers de la même médaille se trouvent ici, en quelque sorte, juxtaposés. Cette disposition a été considérée comme relevant de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA : arrêt du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, points 11 et 76).

11 Sur la genèse et le développement de cette règle, voir mes conclusions dans l'affaire M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:531, points 30 et suiv.).

12 Voir, en ce sens, arrêt du 8 septembre 2005, Lidl Italia (C-303/04, EU:C:2005:528, point 13), qui constate que l'interdiction et l'imposition de sanctions en cas de violation font toutes deux partie d'une règle technique devant être notifiée.

35. Logiquement, l'exception d'autorisation de l'affaire CIA devrait également être applicable à l'exigence, en tant que condition préalable à la prestation de *services accessoires* (la publicité pour des jeux), qu'un agrément pour des services de jeux ait été obtenu préalablement. Cette exigence n'a donc pas, elle non plus, à être notifiée. Pour les motifs exposés aux points 31 et 32 des présentes conclusions, la même approche doit être retenue en ce qui concerne les dispositions sanctionnant les violations de ces exigences.

36. En d'autres termes, c'est exactement la même exigence qui fonde à la fois la règle 10-1-1 et la règle 10-3-3 : l'autorisation préalable pour fournir des services de jeux. Suivant une jurisprudence établie, une telle exigence relève de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA et elle n'a pas à faire l'objet d'une notification.

37. J'ajouterai deux observations à ce sujet.

38. La première observation, c'est que le raisonnement exposé ci-dessus met en relief une distinction importante et sous-jacente à l'exception d'autorisation de l'affaire CIA, à savoir la différence entre, d'une part, l'existence d'une obligation d'autorisation préalable et, d'autre part, les conditions de cette autorisation. La première des règles de cette nature, celle relative à l'*existence*, qui se retrouve dans la règle 10-1-1 et dans la règle 10-3-3, relève de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA. En principe, la seconde de ces règles, celle sur les *conditions*, ne relève pas de cette exception et peut avoir à être notifiée.

39. Cette distinction se trouve au cœur des solutions adoptées par la Cour dans les affaires ayant donné lieu à l'arrêt M. et S. et à l'arrêt Fortuna, toutes les deux concernant la législation polonaise sur les jeux¹³. L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt M. et S. avait à connaître d'une disposition de la loi polonaise interdisant l'organisation de jeux sans autorisation préalable¹⁴. L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Fortuna avait à connaître d'une disposition de la même loi polonaise limitant géographiquement ces autorisations aux seuls casinos¹⁵. Dans cette dernière affaire, la Cour a constaté que la disposition relative aux « casinos » aurait dû être notifiée. À l'inverse, dans la première de ces affaires, la Cour a constaté que la disposition relative à l'autorisation relevait de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA et n'avait pas à être notifiée. Elle a ainsi constaté que « l'autorisation exigée par cette disposition nationale pour l'organisation de jeux de hasard constitue une *condition imposée à l'égard de l'activité* d'organisation de tels jeux, à la différence de l'article 14, paragraphe 1, de cette loi, qui pose des *conditions à l'égard des produits* concernés en interdisant leur exploitation en dehors des casinos » (souligné par mes soins)¹⁶.

40. La seconde observation est que, bien que la juridiction nationale n'en fasse pas explicitement état, il me paraît judicieux de mentionner l'article 10, paragraphe 1, point 2, de la loi modificative de 2003.

41. Cette disposition sanctionne quiconque « distribue » des jeux non autorisés [à la différence du fait de « faire commerce » de tels jeux (la règle 10-1-1) ou de faire de la « publicité » pour de tels jeux (la règle 10-3-3)]. D'après l'exposé des motifs du projet de loi, devenu la loi modificative de 2003, il faut entendre par « distribution » de jeux non autorisés « toute activité visant à organiser des jeux ou à

13 Arrêts du 19 juillet 2012, Fortuna e.a. (C-213/11, C-214/11 et C-217/11, EU:C:2012:495), et du 13 octobre 2016, M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:771).

14 L'article 6, paragraphe 1, de l'Ustawa o grach hazardowych (loi sur les jeux de hasard), du 19 novembre 2009 (Dz. U. de 2009, n° 201, position 1540), dispose : « Les activités de jeux de roulette, de jeux de cartes, de jeux de dés, et de jeux automatisés *doivent être exercées sur la base d'une autorisation* d'exploitation de casinos de jeux » (souligné par mes soins).

15 Aux termes de l'article 14, paragraphe 1, de la loi sur les jeux de hasard : « L'organisation de jeux de roulette, de jeux de cartes, de jeux de dés et de jeux automatisés *est réservée aux casinos de jeux* » (souligné par mes soins).

16 Arrêt du 13 octobre 2016, M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:771, point 29).

permettre la participation à des jeux illégaux ». Cet exposé des motifs donne également des exemples de fourniture : a) de services bancaires ; b) d'espaces dédiés sur des serveurs ; c) de services de collecte de données au bénéfice d'opérateurs proposant des jeux en ligne non autorisés, et d) de connexion à des sites proposant des jeux non autorisés.

42. À l'image de la publicité pour des jeux non autorisés, ils semblent tous, au fond, être des exemples de ce qui pourrait familièrement être qualifié de « complicité »¹⁷ à l'infraction principale qui est de faire commerce de jeux non autorisés. Là encore, il ne serait pas cohérent que cette catégorie de règles, qui, fondamentalement, vise à interdire ou à sanctionner le fait de *prêter assistance* à une activité non autorisée, doive faire l'objet d'une notification alors que, en *elles-mêmes*, l'interdiction ou la sanction de l'activité non autorisée échapperaient à cette obligation.

43. Pour conclure, je suis d'avis que, *dans la mesure où elles sont relatives à la réglementation des services de jeux*, tant la règle 10-1-1 que la règle 10-3-3 relèvent de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA et qu'elles n'avaient donc pas à être notifiées en application de la directive 98/34.

d) De la portée de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA après l'adoption de la directive 98/48

44. À ce stade, il me paraît nécessaire d'examiner plus en profondeur un argument qui a été longuement débattu lors de l'audience au sujet de la portée de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA.

45. Les dispositions qui relèvent de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA « ne constituent pas des règles techniques *au sens de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34*¹⁸ » (souligné par mes soins). En d'autres termes, l'exception d'autorisation de l'affaire CIA est applicable aux *quatre catégories* énumérées à l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34, quelle que soit la catégorie de règle technique dont il est question. Je souligne que le passage susmentionné est tiré de deux arrêts *postérieurs* à l'adoption de la directive 98/48, c'est-à-dire de la directive qui a élargi la définition de la notion de « règle technique » de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34 pour y inclure toute « règle relative aux services [de la société de l'information] ».

46. Nonobstant ces constatations apparemment claires, la Commission affirme que l'exception d'autorisation de l'affaire CIA ne s'applique pas à toutes les règles techniques énumérées à l'article 1^{er}, point 1, de la directive 98/34. Notamment, la Commission est d'avis qu'elle ne s'applique pas à une « règle relative aux services [de la société de l'information] »¹⁹.

47. À l'appui de son argumentation, la Commission a fait valoir deux éléments tirés, premièrement, des points 75 et 76 de l'arrêt Ince²⁰ et, secondement, du préambule de la directive 98/48.

48. Au point 75 de l'arrêt Ince, la Cour énumère des dispositions de droit national qui constituent manifestement, selon elle, des règles relatives aux services de la société de l'information²¹. Elle va jusqu'à les opposer à d'autres règles « telles que les dispositions introduisant l'obligation d'obtenir une autorisation pour organiser ou collecter des paris sportifs et l'impossibilité pour des opérateurs privés

¹⁷ Au sens que le langage courant donne à ce terme et sans lui accorder un sens précis ou de conséquences particulières du point de vue légal.

¹⁸ Arrêts du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, point 76), et du 13 octobre 2016, M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:771, point 30).

¹⁹ Je rappelle que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2016, M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:771), la Commission avait soutenu que cette règle devait être définitivement écartée [voir mes conclusions dans l'affaire M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:531, point 34)]. L'arrêt de la Cour rejette cette proposition de changement de la Commission.

²⁰ Arrêt du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72).

²¹ L'interdiction de proposer des jeux de hasard sur Internet, les limitations apportées à la possibilité de proposer des paris sportifs par des moyens de télécommunication, ainsi que l'interdiction de diffuser de la publicité pour les jeux de hasard sur Internet ou par des moyens de télécommunication. Arrêt du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72).

d'en obtenir une, qui ne constituent pas des "règles techniques" au sens de l'article 1^{er}, point 11, de cette directive. Des dispositions nationales qui se limitent à prévoir les conditions pour l'établissement ou la prestation de services par des entreprises, telles que des dispositions qui soumettent l'exercice d'une activité professionnelle à un agrément préalable, ne constituent pas des règles techniques au sens de cette disposition (à cet effet, voir arrêt du 21 avril 2005, Lindberg, C-267/03, EU:C:2005:246, point 87) »²².

49. De l'avis de la Commission, le fait que la Cour ait cité l'arrêt Lindberg pour étayer l'exception d'autorisation de l'affaire CIA implique que cette règle n'est applicable qu'aux seules catégories de règles techniques qui existaient à l'époque de l'arrêt Lindberg. Les règles relatives aux services de la société de l'information seraient donc exclues, car ce n'est qu'après le prononcé de l'arrêt Lindberg qu'elles ont été ajoutées à la définition des règles techniques²³.

50. Je ne partage pas cet avis.

51. Au point 76 de l'arrêt Ince, la Cour ne dit pas « au sens de l'article 1^{er}, point 11, de cette directive dans sa rédaction à l'époque des faits ayant donné lieu à l'arrêt Lindberg ». Il est vrai que la Cour cite l'arrêt Lindberg à titre de précédent, mais, à mon avis, la référence à l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34 ne peut se lire que comme une référence à cette disposition dans sa rédaction à l'époque des faits ayant donné lieu à l'affaire Ince, qui était l'affaire dont la Cour était saisie.

52. De même, le renvoi par la Commission au considérant 18 de la directive 98/48 n'emporte pas ma conviction. Ce considérant indique notamment que, « ainsi, par exemple, sont couvertes les règles relatives à l'établissement des prestataires de ces services et en particulier celles relatives au régime d'autorisation ou de licences ».

53. À mon avis, ce considérant demande à être lu à la lumière de la distinction rapportée aux points 38 et 39 des présentes conclusions entre l'*existence* d'un régime d'autorisation (ou de licences) et les *conditions* relatives à cette autorisation (ou licence). Si l'obligation de notification vaut pour les *conditions* de prestation de services de la société de l'information (qui comprennent généralement les conditions relatives à l'autorisation, à la licence et au contenu du service), la simple *existence* d'une obligation d'autorisation préalable n'est pas en elle-même soumise à l'obligation de notification²⁴.

54. Enfin, il est un argument d'ordre systémique qui milite contre l'interprétation de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA telle que préconisée par la Commission : celui de la cohérence et de la consistance de la loi. En substance, la Commission affirme que, de par leur nature, les règles relatives aux services de la société de l'information sont si différentes que la jurisprudence généralement applicable relativement à la directive 98/34 devrait être écartée en ce qui les concerne. Néanmoins, si tel devait être le cas, il est permis de s'interroger sur la technique législative retenue par la Commission pour réglementer l'obligation de notification relativement à ces services. Après tout, c'est à la suite d'une proposition de la Commission que la directive 98/48²⁵ est entrée en vigueur à peine un mois après la directive 98/34, en insérant une catégorie particulière de services de la société de l'information dans un acte législatif qui, auparavant, traitait surtout de produits.

22 Arrêt du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, point 76).

23 Arrêt du 21 avril 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246).

24 Il peut être ajouté qu'une distinction du même ordre se retrouve dans d'autres textes réglementaires du droit de l'Union, notamment en matière de régimes d'autorisation préalable pour des denrées alimentaires particulières qui ne font pas l'objet d'une réglementation au niveau de l'Union. Dans de tels cas, l'existence d'un régime d'autorisation préalable n'est généralement pas considérée être une source de difficultés, l'accent étant mis sur la procédure d'autorisation et les conditions de fond qu'elle impose. Voir, notamment, arrêts du 5 février 2004, Greenham et Abel (C-95/01, EU:C:2004:71), ainsi que du 27 avril 2017, Noria Distribution (C-672/15, EU:C:2017:310).

25 Voir notes en bas de page 2 et 3 des présentes conclusions.

55. Dans un tel contexte, il n'est guère surprenant que la Cour, comme toute autre juridiction supérieure, soit tenue de privilégier une interprétation favorisant les éléments communs et la cohérence au sein d'un même acte législatif au lieu de créer des particularismes dans un domaine du droit déjà fort complexe.

56. Il ne me paraît donc pas judicieux de procéder à un revirement des jurisprudences *Ince* et *M. et S.* pour limiter le champ d'application de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA²⁶.

e) Conclusion intermédiaire

57. Compte tenu de ce qui est exposé aux points précédents et dans la mesure où les dispositions pertinentes du droit national sont relatives aux services de jeux, je propose à la Cour d'apporter la réponse suivante à la question préjudicielle posée par le Københavns Byret (tribunal municipal de Copenhague) :

Dans la mesure où elles sont relatives à des services de jeux, des règles nationales, telle que celle figurant à l'article 10, paragraphe 1, point 1, et à l'article 10, paragraphe 3, point 3, de la loi modificative de 2003, ne constituent pas des « règles techniques » au sens de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34, telle que modifiée par la directive 98/48.

3. De l'exigence de spécificité

58. L'analyse développée au titre 2 susmentionné nous mène à la conclusion que, dans la mesure où elles sont relatives à des services de *jeux*, la règle 10-1-1 et la règle 10-3-3 relèvent de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA et ne constituent donc pas des « règle[s] technique[s] » au sens de la directive 98/34.

59. Néanmoins, si la Cour devait parvenir à une conclusion différente et constater que ces dispositions ne relèvent pas de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA, il convient alors de s'interroger sur la question de savoir si elles constituent des « règle[s] relative[s] aux services [de *jeux* de la société de l'information] », au sens de l'article 1^{er}, point 5, de la directive 98/34.

60. Cependant, en tout état de cause et indépendamment de l'application de l'exception d'autorisation de l'affaire CIA, il convient également de déterminer si la règle 10-3-3, lue et analysée en elle-même, constitue une « règle relative aux services [de *publicité* de la société de l'information] », au sens de cette même disposition.

61. Dans les deux cas, l'appréciation en droit est similaire. Au bout du compte, la réponse sera fonction du fait que la règle 10-1-1 et respectivement la règle 10-3-3 visent « spécifiquement » ou non à réglementer des services de la société de l'information « au regard de [leur] motivation et du texte de [leur] dispositif ». Il incombe à la juridiction de renvoi de se prononcer en dernier ressort sur cette question. Toutefois, je suis d'avis que plusieurs éléments tendent à montrer qu'aucune de ces règles ne poursuit un tel objectif spécifique.

62. Je commencerai mon analyse en examinant à la section suivante la notion de « visant spécifiquement », dans un contexte de modification législative.

²⁶ Arrêts du 4 février 2016, *Ince* (C-336/14, EU:C:2016:72), et du 13 octobre 2016, *M. et S.* (C-303/15, EU:C:2016:771).

a) De l'application de la notion de « règle relative aux services » dans un contexte d'adaptations de dispositions législatives

63. Les considérants 7 et 8 de la directive 98/48 rappellent la crainte que les adaptations des réglementations nationales aux nouveaux services de la société de l'information conduisent « à une refragmentation du marché intérieur, à de la surréglementation et à des incohérences réglementaires ». C'était l'une des principales motivations à l'élargissement de la notion de « règle technique » (et de l'obligation de notification) pour y inclure les « règle[s] relative[s] aux services ». Toute adaptation « visant spécifiquement » à réglementer de nouveaux services de la société de l'information relève de la notion de « règle relative aux services [de la société de l'information] ».

64. Dans leurs observations, les défenderesses au principal et la Commission affirment que la loi modificative de 2003 est un exemple d'une telle adaptation « visant spécifiquement » à réglementer des services de la société de l'information. Cela nonobstant le fait que, a priori, la loi modifiée est apparemment *neutre* du point de vue des médias (c'est-à-dire qu'elle est applicable sans distinguer les services en ligne des services hors ligne). Effectivement, que des adaptations à la nouvelle économie soient présentées explicitement en tant que telles ou en des termes technologiquement plus neutres est une simple question de technique législative. Elle ne devrait pas avoir d'incidence sur le classement de telles adaptations dans la catégorie des « règle[s] relative[s] aux services ».

65. C'est dans ce contexte que les défenderesses au principal et la Commission soulignent l'importance, dans le cadre de l'appréciation de la question de savoir si une règle vise « spécifiquement » un objectif, d'aller au-delà de sa simple lettre et d'examiner sa « motivation ».

66. Pour sa part, le gouvernement danois fait valoir que la loi modificative de 2003 a abrogé et consolidé des textes antérieurs sur les paris. Il affirme que tant la règle 10-1-1 que la règle 10-3-3 figuraient dans deux lois antérieures à la législation actuelle. Ces règles ont toujours été neutres au regard des médias (étant applicables à la publicité, quel que soit le média, pour des jeux non autorisés, quels qu'en soient les modes de distribution)²⁷. La loi modificative de 2003 ne modifie pas la portée des restrictions aux services de jeux et de publicité. Elle a simplement clarifié les portées existantes pour lever tout doute qu'il pouvait y avoir à ce sujet, ce qui était également important dès lors que ces dispositions prévoient des sanctions pénales.

67. Je me livrerai aux points suivants à une analyse plus approfondie des différents éléments constitutifs de la définition de la notion de « règle relative aux services » de la directive 98/34 [sous b), c) et d) ci-dessous] avant d'examiner comment cette notion pourrait trouver application en l'espèce [sous e)].

b) Éléments positifs et négatifs de la définition de la notion de « règle relative aux services »

68. L'article 1^{er}, point 5, de la directive 98/34 exclut explicitement de la notion de « règle relative aux services » toute règle ne « visant [pas] spécifiquement » les services de la société de l'information. Cette disposition délimite à la fois de manière positive et de manière négative ce qu'elle entend par l'expression « visant spécifiquement » :

« – une règle est considérée comme visant spécifiquement les services de la société de l'information lorsque, au regard de sa motivation et du texte de son dispositif, elle a pour finalité et pour objet spécifiques, dans sa totalité ou dans certaines dispositions ponctuelles, de réglementer de manière explicite et ciblée ces services,

²⁷ S'agissant de la règle 10-3-3, il est renvoyé à l'exposé des motifs du projet de loi devenu loi modificative de 2003 relativement à l'article 12, paragraphe 3, de la loi sur les courses hippiques et de lévriers et à l'article 10, paragraphe 4, de la loi sur le loto sportif et les lotos.

– une règle n'est pas considérée comme visant spécifiquement les services de la société de l'information si elle ne concerne ces services que d'une manière implicite ou incidente ».

69. La Commission soutient dans ses observations que la définition négative doit être lue comme constituant une exception et qu'elle doit donc faire l'objet d'une interprétation stricte.

70. Je ne partage pas cet avis.

71. Le fait qu'une exception doit faire l'objet d'une interprétation stricte constitue effectivement une règle d'interprétation bien établie. Cependant, à mon avis, cette règle ne trouve pas application en l'espèce : l'article 1^{er}, point 5, renferme tout simplement une définition en deux parties. La première partie est exprimée en des termes positifs. Sa seconde partie, de *même rang et de même valeur*²⁸, est exprimée en des termes négatifs. Du point de vue de la technique législative, les éléments positifs et les éléments négatifs d'une définition sont complémentaires. Lus ensemble, ils délimitent la portée de la notion de « règle relative aux services ».

c) Viser ou ne pas viser « spécifiquement »

72. Pour pouvoir être qualifiée de « règle relative aux services », la règle doit viser « spécifiquement » les services de la société de l'information. En d'autres termes, tout ou partie de ses dispositions doivent *distinguer* des services de la société de l'information aux fins de réglementation.

73. Pour pouvoir être considérée comme « visant spécifiquement » des services de la société de l'information, la partie positive de la définition pose deux conditions cumulatives : la règle – ou certaines de ses dispositions ponctuelles – doit « *réglementer* » des services de la société de l'information de manière « explicite *et* ciblée ». Par opposition, suivant la partie négative de la définition, une règle ne sera pas considérée comme relevant de la notion de « règle relative aux services » si elle ne « *concerne* » ces services que d'une manière « implicite *ou* incidente ».

74. À titre liminaire, je suis d'avis que la référence au verbe « concerner » dans la partie négative de la définition *ne doit pas* être lue comme une indication sur la manière dont la règle produit des effets *en pratique* sur les services de la société de l'information une fois qu'elle est entrée en vigueur. Il est vrai que, à la lettre, les versions en langues allemande et anglaise, notamment, permettent une telle interprétation. Néanmoins, ce n'est pas le cas d'un grand nombre de versions linguistiques, notamment de la version en langue danoise²⁹. Au surplus, une telle lecture serait totalement imprévisible et inadéquate au regard du caractère préalable de l'obligation de notification³⁰. Elle exigerait du législateur national de mesurer les incidences des règles sur le monde réel lors de leur rédaction et lorsqu'elles doivent être notifiées.

28 Un examen systématique montre que les deux parties de cette définition se situent au même niveau (mêmes indentations et mêmes tirets), dont l'emploi dans cette définition, ainsi que dans les autres définitions apportées par la directive 98/34, démontre clairement un caractère informatif (conditions, circonstances, énumérations) de même valeur.

29 Les différentes versions linguistiques n'emploient pas le même verbe dans cette disposition. Ainsi, notamment, les versions en langues danoise, française et italienne utilisent respectivement le verbe « vedrører », « concerne » et « riguarda » (en anglais : « concern »). Les versions en langues tchèque et allemande ont respectivement recours aux verbes « působí » et « aufwirkt », dont la signification est proche de l'anglais « affect ». Les versions en langues espagnole et polonaise usent quant à elles respectivement des verbes « se refiere » et « odnosi » (en anglais : « refers to »).

30 Concernant des problématiques similaires, voir mes conclusions dans l'affaire M. et S. (C-303/15, EU:C:2016:531).

75. Il est vrai qu'un tel refus de tenir compte des effets futurs pourrait faire l'objet d'abus de la part d'un législateur particulièrement retors et doté de prescience, un mauvais génie, qui rédigerait délibérément des lois de manière à en masquer le véritable sens, sachant déjà à ce stade que leurs incidences seront différentes de leur lettre. Néanmoins, à mon avis, de tels scénarii improbables ne devraient pas être retenus comme des facteurs déterminants pour l'interprétation des règles du droit de l'Union³¹.

76. Les deux parties de la définition demandent donc à être lues comme s'intéressant avant tout à la lettre de la règle et à l'intention du législateur telle qu'à l'époque de sa rédaction et de son adoption.

77. L'élément clé de la définition, commune aux deux parties, est qu'il doit s'agir d'une règle « visant spécifiquement » les services de la société de l'information. À mon avis, il est généralement permis de s'attendre à ce que, si l'objectif « spécifique » d'une règle ou d'une disposition est de réglementer un service d'un média particulier, il est vraisemblable qu'il y en ait une trace explicite dans la lettre de la mesure elle-même, notamment par le recours à un vocabulaire précis (« en ligne », « Internet », « électronique », etc.).

78. Là encore, il est théoriquement envisageable qu'une approche particulière dans la rédaction cherche délibérément à masquer l'objectif « spécifique ». Comme j'ai voulu l'expliquer aux points précédents, de telles situations ne peuvent être exclues, mais elles devraient très largement relever de l'exception. De manière générale, si, effectivement, il est des visées « spécifiques » se rapportant à des services de la société de l'information, il est permis d'espérer que la rédaction du texte permette au moins de l'entrevoir.

79. La partie positive de la définition des règles relatives aux services se réfère également à la visée spécifique résultant de la nature « ciblée » de la réglementation. L'adjectif « ciblée » est de nature à sous-entendre que, du point de vue de la spécificité des médias (en ligne ou hors ligne), le champ d'application *ratione materiae* de la règle est limité. Là encore, il est vraisemblable que la rédaction de la règle le reflète.

80. Il découle de ce qui précède que, lorsqu'à première vue une règle est applicable à des services, sans faire de distinction entre les médias (en ligne ou hors ligne), c'est déjà, à mon avis, une indication forte qu'elle *ne vise pas* « spécifiquement » à réglementer des services de la société de l'information.

d) La motivation

81. Néanmoins, il ne suffit pas de fonder l'appréciation de la seule visée spécifique du texte de la règle. Comme l'indique la définition positive, il faut également tenir compte à la fois de son « dispositif » et de sa « motivation ».

82. La directive 98/34 n'explique pas le sens de ces termes. Je considère toutefois que celui de « dispositif » vise clairement la lettre – le texte même de la règle.

³¹ La solution alternative se heurterait manifestement à la notion de « confiance mutuelle et de coopération ». Plus prosaïquement, il n'est guère probable que les destinataires d'une loi, qui dit autre chose que ce qu'elle prétend, en fasse application, destinataires qui, il faut s'y attendre, sont également susceptibles de s'appuyer sur sa lettre.

83. Le sens du terme « motivation » est moins évident. Dans un sens naturel, il vise toutes les pièces venant justifier l'adoption de la règle. La directive est muette sur la manière d'identifier la motivation. Du point de vue instrumental, doit-elle figurer dans le corps même de la mesure (notamment sous forme de préambule) ou peut-elle éventuellement renvoyer à d'autres documents (notamment un exposé des motifs présenté en même temps que le projet de texte) ? Du point de vue institutionnel, la motivation doit-elle émaner et être endossée par la même institution que celle adoptant la règle³² ? Du point de vue temporel, la motivation doit-elle être antérieure ou contemporaine à la règle³³ ?

84. Il convient de s'en remettre aux États membres et à leurs institutions, à la fois au niveau général et au niveau de chaque cas d'espèce.

85. Tout d'abord, au niveau général, la question de savoir ce qui peut constituer une « motivation », dans le sens de pièces justificatives à l'adoption de la règle, sera fonction des procédures législatives propres à chaque État membre et à la valeur attachée à chacune des pièces soumises avant ou au cours du déroulement desdites procédures.

86. Ensuite, les particularités de chaque cas doivent également être prises en compte au regard de la règle dont il est question. Ainsi, notamment, il se peut qu'une règle, qui figurait à l'origine dans un projet de loi présenté par le gouvernement national (et correctement justifiée dans l'exposé des motifs soumis avec le texte du projet de loi), se trouve considérablement amendée par le Parlement, voire adoptée par une commission parlementaire sans véritable débat. Ou il se peut que la règle telle qu'adoptée soit le fruit de nombreux débats faisant intervenir plusieurs institutions et leurs membres, de sorte qu'il est difficile, sinon impossible, d'en déterminer une « motivation » objective³⁴.

87. Là encore, toutes ces considérations pèsent lourdement en faveur de l'approche suivante : lors de l'appréciation de la question de savoir si une règle nationale vise « spécifiquement » des services de la société de l'information, l'élément le plus important doit être la rédaction de cette règle, c'est-à-dire le texte de son dispositif. La motivation peut venir aider l'interprétation. Elle peut permettre de lever des doutes ou de répondre à des interrogations. Néanmoins, la motivation ne peut pas et ne doit pas être lue comme si elle avait la même valeur juridique que le texte du dispositif de la règle.

e) Application à la présente espèce

88. Il appartient en dernier ressort à la juridiction nationale d'apprécier, à la lumière des principes susmentionnés, les visées spécifiques de la règle 10-1-1 et de la règle 10-3-3, introduites par la loi modificative de 2003. Je ferai les observations suivantes pour éclairer cette appréciation.

89. Premièrement, les parties proposent plusieurs interprétations de ces règles et, plus généralement, de la loi modificative de 2003. D'un côté, le gouvernement danois présente ces modifications comme étant de simples précisions à la loi existante. D'un autre côté, les défenderesses au principal et la Commission présentent ces modifications comme visant spécifiquement à élargir le champ d'application de règles existantes pour les étendre aux services de la société de l'information. Selon elles, cette visée spécifique est « masquée » dans le corps du texte de la règle, mais elle est manifeste à la lecture de l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi modificative de 2003.

32 Pour prendre un exemple dans le contexte de l'Union, il peut être renvoyé à une proposition de la Commission et à son exposé des motifs pour étayer une certaine lecture d'une directive du Parlement européen et du Conseil. Néanmoins, en dernier ressort, l'intention de la Commission ne peut être assimilée à celle du législateur.

33 Voir mes conclusions dans l'affaire Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, points 37 et 38).

34 Pour le dire en des termes plus directs, suivant un bon mot dont l'auteur m'est inconnu : un chameau est en fait un cheval conçu par une commission.

90. Si la juridiction nationale devait constater que la règle 10-1-1 et/ou la règle 10-3-3 ne font que clarifier les dispositions équivalentes qu'elles ont remplacées, elles ne sont pas et ne sauraient être des règles techniques soumises à l'obligation de notification³⁵. À cet égard, je relève que, comme il ressort de la question préjudicielle posée par la juridiction de renvoi, l'extrait de l'exposé des motifs du projet de loi, devenu loi modificative de 2003, se rapportant à l'objectif poursuivi par la règle 10-3-3 indique que cette dernière « correspond » (en danois : « i overensstemmelse ») à la disposition figurant actuellement dans la loi sur les courses hippiques et de lévriers et apporte des « précisions » (en danois : « præcisering ») à une disposition de la loi sur le loto sportif et les lotos³⁶. Il a en outre été confirmé lors de l'audience que les deux dispositions existantes étaient « neutres quant aux médias », en ce sens qu'elles ne visaient pas explicitement un type de média particulier (presse, radio, télévision, en ligne, etc.).

91. Deuxièmement, dans la mesure où il ne s'agirait pas d'une simple clarification, il me semble qu'il convient d'attacher une importance particulière au fait que, a priori, une règle s'applique indistinctement à tous les services, que ce soit des services ligne ou hors ligne. À cet égard, je renvoie aux développements précédents, plus particulièrement aux points 72 à 80. Dans de telles circonstances, une preuve très claire et convaincante de la nature « explicite et ciblée » de la réglementation de services de la société de l'information serait nécessaire dans la motivation.

92. Troisièmement, dans le cadre de l'interprétation de la motivation, il appartient à la juridiction nationale de décider le poids qu'il convient d'attacher à tel ou tel document ou à telle ou telle partie de document, notamment à la lumière de sa fonction dans la procédure législative et, plus généralement, à la valeur interprétative qui lui est conférée.

93. Toutefois, et plus particulièrement en ce qui concerne le point de savoir si la règle 10-3-3 constitue une règle relative aux services de la société de l'information, je fais l'observation suivante : sur la base de la saisine préjudicielle, cette règle a pour objectif d'assurer indirectement une meilleure application de l'interdiction du fait de faire commerce de jeux non autorisés. Réglementer la publicité, encore moins la seule publicité en ligne, ne paraît pas être une visée spécifique. Cela paraît plutôt être un moyen pour atteindre une fin : une meilleure réglementation des services de jeux. De fait, ni la juridiction de renvoi ni aucune des parties au litige au principal n'ont soutenu la thèse selon laquelle l'objectif spécifique poursuivi par la loi modificative de 2003 était d'étendre aux services de publicité en ligne la réglementation relative à la publicité.

94. Pour quiconque n'est pas familier du droit danois, cela semble bien ressortir des extraits de l'exposé des motifs du projet de loi, devenu loi modificative de 2003, concernant la règle 10-3-3³⁷. La référence qui y est faite à la *publicité sous la forme de services de la société de l'information* ne me paraît pas, à première vue, être l'essentiel.

95. Dans leurs mémoires, les défenderesses au principal et la Commission ont cité à maintes reprises d'autres passages de l'exposé des motifs du projet de loi devenu loi modificative de 2003. Cependant, là encore, l'importance donnée à ces passages et le fait qu'ils conduisent à établir une « visée spécifique » ne me paraissent pas très clairs. De même, il n'est pas clair de voir dans quelle mesure ces autres passages de l'exposé des motifs sont pertinents pour l'appréciation de l'objectif poursuivi par la règle 10-3-3 qui, après tout, fonde les poursuites pénales en l'espèce. Là encore, ce sont des questions de droit national auxquelles il incombe à la juridiction nationale de répondre.

³⁵ Arrêt du 21 avril 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, points 82 et 83). Dans ce sens, l'exposé des motifs du projet de loi devenu loi modificative de 2003, concernant plus spécialement la règle 10-3-3, indique que « [c]ette modification correspond à l'interdiction figurant actuellement à l'article 12, paragraphe 3, de la loi sur les courses hippiques et apporte des précisions à l'actuel article 10, paragraphe 4, de la loi sur le loto sportif et les lotos ».

³⁶ Voir point 8 des présentes conclusions.

³⁷ Rapportés au point 8 des présentes conclusions.

V. Conclusion

96. Au vu de ce qui précède et pour autant que les dispositions pertinentes du droit national sont relatives aux services de publicité, je propose que la Cour apporte les réponses suivantes à la question préjudicielle posée par le Københavns Byret (tribunal municipal de Copenhague, Danemark) :

Dans la mesure où elles sont relatives à des services de *jeux*, des règles nationales, telles que celles figurant à l'article 10, paragraphe 1, point 1, et à l'article 10, paragraphe 3, point 3, de la lov nr. 204 om ændring af lov om visse spil, lotterier og væddemål og andre love og om ophævelse af lov om væddemål i forbindelse med heste – og hundevæddeløb (loi n° 204 modifiant la loi sur certains jeux, loteries et paris ainsi que d'autres lois et abrogeant la loi sur les paris sur les courses hippiques et de lévriers), du 26 mars 2003, ne constituent pas des « règles techniques » au sens de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, portant modification de la directive 98/34.

Dans la mesure où elles sont relatives à des services de *publicité*, des modifications à des règles nationales, telles que celles figurant à l'article 10, paragraphe 3, point 3, de la loi n° 204, du 26 mars 2003, ne constituent pas des « règles techniques » au sens de l'article 1^{er}, point 11, de la directive 98/34, telle que modifiée par la directive 98/48, à moins que ces modifications visent spécifiquement des services de la société de l'information. Pour déterminer si la règle vise spécifiquement des services de la société de l'information, la juridiction nationale doit notamment tenir compte des éléments suivants :

- du point de savoir si la modification ne fait que clarifier le champ d'application de la règle ou si elle le modifie ;
- du texte du dispositif de la règle, avant et après modification, et de toute rédaction explicite des modifications susceptibles d'être comprises comme des références spécifiques à des services de la société de l'information ;
- de toute indication sur le ou les objectifs poursuivis par la modification de la règle, telle que figurant dans la motivation.