CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 24 juin 1999 *

1. Le présent litige concerne l'interruption par des publicités de films diffusés à la télévision: notamment la méthode selon laquelle, d'après la directive «télévision sans frontières» [1], il convient de calculer le nombre d'interruptions autorisées.

3. Le litige a pour origine le libellé de l'article 11, paragraphe 3, de la directive, qui dispose que le nombre d'interruptions publicitaires autorisé par film diffusé à la télévision doit être calculé par référence à une période qualifiée de «durée programmée».

Les faits et la procédure au principal

2. Les demanderesses sont onze sociétés de radiodiffusion de droit public des Länder, réunies au sein de l'Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ci-après l'«ARD»). Selon la loi fondamentale allemande, la radiodiffusion télévisuelle relève de la compétence des Länder. Ces sociétés sont conjointement responsables de la chaîne de télévision ARD. La défenderesse, PRO Sieben Media AG (ci-après «Pro Sieben») est une société privée de radiodiffusion télévisuelle.

4. Selon le principe du «brut», qui est soutenu par Pro Sieben, la durée des publicités doit être incluse dans la période de temps par rapport à laquelle le nombre d'interruptions autorisé est calculé. Selon le principe du «net», qui est soutenu par l'ARD, les publicités ne doivent pas être incluses dans cette période: c'est-à-dire que la durée en cause ne vise que la longueur du film lui-même. La différence est que, dans certaines circonstances, l'application du principe du brut permettrait un plus grand nombre d'interruptions que ne le permettrait le principe du net.

5. L'ARD a soulevé la question devant les juridictions allemandes en introduisant un recours contre Pro Sieben pour concurrence

* Langue originale: l'anglais.

1 — Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298, p. 23). Modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 202, p. 60): voir le point 8 ci-après.

déloyale. Deux autres organismes privés de radiodiffusion télévisuelle, SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH et Kabel 1, K1 Fernsehen GmbH, sont intervenus dans la procédure allemande à l'appui des conclusions de Pro Sieben. En octobre 1996, le Landgericht Stuttgart (juridiction régionale), interprétant la législation allemande pertinente [2], a enjoint à Pro Sieben de ne pas interrompre les films plus souvent que ne le permettrait l'application du principe du net. Ayant interjeté appel devant l'Oberlandesgericht Stuttgart (juridiction régionale supérieure), Pro Sieben a soutenu que, même si la législation allemande prévoyait l'application du principe du net, cette législation était contraire à la directive et au droit communautaire primaire.

6. En novembre 1997, l'Oberlandesgericht Stuttgart a décidé de surseoir à statuer et a déféré à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes:

« 1) L'article 11, paragraphe 3, de la directive 97/36/CE [3] du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, modifiant la directive 89/552/CEE (directive modifiant la directive dite 'de radiodiffusion télévisuelle'), ou l'article 11, paragraphe 3, identique dans les termes, de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (directive dite de radiodiffusion télévisuelle), prévoit-il le principe du brut ou du net?

2) A supposer que l'article 44, paragraphe 4, du Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (troisième traité d'État visant à la modification des traités d'État relatifs au droit de la radiodiffusion — annexe B 33, p. 437 de l'annexe) prescrive le principe du net, cela est-il compatible avec l'article 11, paragraphe 3, combiné avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive relative à la radiodiffusion télévisuelle ou le droit communautaire primaire (les articles 5, 6, 30 et suivants, 59 et suivants, 85 et suivants du traité CE, le principe général d'égalité de traitement)? »

Première question

7. Les États membres qui ont présenté des observations à la Cour sont divisés sur la première question: la République française, le royaume des Pays-Bas et la République portugaise sont partisans du principe du net; la République italienne, le grand-duché de Luxembourg et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sont partisans du principe du brut, tout comme la Commission. Le royaume de Suède n'a

2 — Article 26, paragraphe 4, du Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinigten Deutschland, du 31 août 1991 (traité d'État relatif à la radiodiffusion dans l'Allemagne unie). Cette disposition a été remplacée par l'article 44, paragraphe 4, du Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (trojsième traité d'État visant à la modification des traités d'État relatifs au droit de la radiodiffusion), qui est entré en vigueur le 1er janvier 1997.

3 — Cette référence à l'article 11, paragraphe 3, est incorrecte: la modification de l'article 11, paragraphe 3, de la directive 89/552 a été introduite par l'article 1er, point 13, de la directive 97/36.

répondu qu'à la seconde question.

La directive télévision sans frontières

8. La directive télévision sans frontières a été adoptée le 3 octobre 1989 et ses dispositions devaient être mises en œuvre pour le 3 octobre 1991 [4]. La directive a été modifiée par la directive 97/36 qui devait être mise en œuvre pour le 31 décembre 1998 [5]. Bien que le litige en l'espèce ait débuté avant l'adoption de cette dernière directive, l'ordonnance de renvoi de l'Oberlandesgericht Stuttgart n'a pas été prise avant décembre 1997 et ses termes se réfèrent donc aux deux directives. L'article 1er, point 13, de la dernière directive a modifié l'article 11 de la directive originale, mais n'a pas modifié de manière significative le texte de l'article 11, paragraphe 3, qui est en cause en l'espèce. Les passages de la directive cités dans les présentes conclusions sont ceux de la directive telle que modifiée, sauf indication contraire.

9. La directive a été adoptée sur la base des articles 57, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après modification, article 47, paragraphe 2, CE) et 66 du traité CE (devenu article 55 CE). Il ressort du préambule de la directive que l'objectif poursuivi par cette dernière était d'établir le cadre légal de la radiodiffusion télévisuelle sur le marché interne, l'adoption de règles communes pour la radiodiffusion devant contribuer notamment à la libre circulation des services. Parmi ces règles communes, celles relatives à la publicité constituent une part importante de la directive et figurent au chapitre IV de la directive intitulé «Publicité télévisuelle et parrainage» (articles 10 à 20).

10. La publicité doit être aisément identifiable comme telle et être distincte des programmes (article 10, paragraphe 1). Elle doit en principe être insérée entre les émissions; elle peut être insérée pendant des émissions à la seule condition de «ne pas porter atteinte à l'intégrité et à la valeur des émissions en tenant compte des interruptions naturelles du programme ainsi que de sa durée et de sa nature, et de manière à ce qu'il ne soit pas porté préjudice aux droits des ayants droit» (article 11, paragraphe 1). Par le biais de ces dispositions, la directive cherche manifestement à établir un équilibre entre plusieurs intérêts potentiellement contradictoires: ceux des spectateurs, des organismes de radiodiffusion télévisuelle, des annonceurs dont dépend financièrement la radiodiffusion télévisuelle, et ceux des producteurs de programmes.

11. L'article 11, paragraphe 2, prévoit une mesure spéciale pour les programmes qui se composent naturellement de parties distinctes, telle la retransmission télévisée d'événements sportifs: dans ce cas, la publicité doit être insérée dans les intervalles, par exemple à la mi-temps.

4 — Article 25 de la directive.

5 — Article 2 de la directive modificative.

12. L'article 11, paragraphe 3, dispose:

«La transmission d'œuvres audiovisuelles, telles que longs métrages et films conçus pour la télévision (à l'exclusion des séries, feuilletons, émissions de divertissement et documentaires), pour autant que leur durée programmée soit supérieure à quarante-cinq minutes, peut être interrompue une fois par tranche de quarante-cinq minutes. Une autre interruption est autorisée si leur durée programmée est supérieure d'au moins vingt minutes à deux ou plusieurs tranches complètes de quarante-cinq minutes.»

13. En général, les écrans publicitaires au sein d'un programme doivent être séparés par une période d'au moins vingt minutes (article 11, paragraphe 4).

14. L'article 11, paragraphe 5, dispose:

«La publicité et le télé-achat ne peuvent être insérés dans les diffusions de services religieux. Les journaux télévisés, les émissions d'information politique, les documentaires, les émissions religieuses et les émissions pour enfants, dont la durée programmée est inférieure à trente minutes, ne peuvent être interrompus par la publicité ou le télé-achat. Lorsqu'ils ont une durée programmée égale ou supérieure à trente minutes, les paragraphes précédents s'appliquent.»

15. Les articles 12 à 20 contiennent d'autres dispositions relatives à la publicité et au parrainage, auxquelles, pour certaines d'entre elles, il sera nécessaire de se référer ci-après.

16. L'effet de l'article 11, paragraphe 3, dépendra de la question de savoir si l'on applique le principe du brut ou le principe du net. Si, par exemple, un film dure quarante minutes, selon le principe du net, il ne pourrait pas être interrompu par de la publicité, alors que, selon le principe du brut, il pourrait être interrompu par six minutes de publicité. Mais toujours sous réserve de la limite globale prévue à l'article 18: l'article 18, paragraphe 2, par exemple, définit la longueur maximale des publicités à l'intérieur d'une période d'une heure. Par conséquent, bien que l'application du principe du net autoriserait moins d'interruptions que le principe du brut, il n'y aura pas de conséquence sur le volume total de publicités si le maximum prévu à l'article 18 est entièrement utilisé. La question pourrait donc se résumer à choisir entre des interruptions plus fréquentes, mais plus courtes, selon le principe du brut, et des interruptions moins fréquentes, mais plus longues, selon le principe du net. Toutefois, la question est d'un grand intérêt dans certains États membres, et il semble qu'elle a une importance considérable tant du point de vue commercial qu'en termes de politique de radiodiffusion télévisuelle.

17. Afin de déterminer si l'article 11, paragraphe 3, prescrit le principe du brut ou le principe du net, nous examinerons successivement (ainsi que l'a fait le représentant du gouvernement français à l'audience), premièrement, l'interprétation littérale,

deuxièmement, l'historique de la directive, troisièmement, l'interprétation systématique, et, quatrièmement, les objectifs de la directive.

Interprétation littérale

18. Tant les partisans du principe du brut que ceux du principe du net se fondent avec insistance sur le texte de l'article 11, paragraphe 3.

19. Un premier argument avancé à l'appui du principe du net est que, dans certaines mais pas toutes les versions linguistiques de l'article 11, paragraphe 3, l'expression retenue pour la durée vise les œuvres audiovisuelles (les films) elles-mêmes, par opposition à la *transmission* du film. D'aucuns affirment que, en se référant à la durée des films, cette disposition devrait se comprendre comme visant les films, à l'exclusion de toutes interruptions publicitaires, tandis que la référence à la transmission du film pourrait plus facilement se comprendre comme incluant le film et les interruptions publicitaires [6].

20. A cet argument, les partisans du principe du brut opposent le texte de l'article 11, paragraphe 3, qui ne se réfère pas simplement à la «durée» des œuvres, mais à leur «durée programmée». Selon eux, cette expression doit viser la durée du programme tel qu'il apparaît dans la grille de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle, et donc comme incluant le temps de publicité. Ils soutiennent que, si tel n'était pas le cas, le terme «programmé» serait redondant.

21. Cependant, d'autres explications ont également été avancées pour l'utilisation de ce terme. Par exemple, que les longs métrages réalisés pour le cinéma sont transmis à la télévision à une vitesse légèrement différente: il était donc nécessaire de préciser que ce n'était pas la durée de l'œuvre originale, mais la durée du film tel que programmé pour la télévision qui est décisive. Une explication différente, qui est peut-être au moins aussi plausible, est qu'il était nécessaire d'utiliser le terme «programmé» pour prévoir l'éventualité que la version du film telle que diffusée puisse être plus courte que prévue, en raison de coupures ou autres modifications qu'il n'aurait pas été possible de prévoir; on a considéré que l'organisme de radiodiffusion télévisuelle ne devait pas encourir de sanctions pour des divergences mineures de ce type, et donc que le critère pertinent devait être la durée programmée, et non la durée diffusée. Ces deux explications sont conformes au principe du net; par conséquent, nous ne pensons pas qu'il serait raisonnable d'accorder une trop grande importance au terme «programmé» en tant qu'argument militant en faveur du principe du brut.

22. On a également accordé de l'importance au fait que la directive modificative a remplacé l'expression «programmed dura-

6 — Voir Pechstein, M., «Brutto- bzw. Nettoprinzip bei der Unterbrecherwerbung», *EuZW*, 1994, p. 583.

tion», utilisée dans la version anglaise de la directive originale, par l'expression «scheduled duration». Il semble toutefois probable que l'expression «programmed duration» a été adoptée initialement comme une traduction littérale, mais malheureuse, de l'expression française «durée programmée», et que l'on a profité de la modification de la directive pour améliorer la version anglaise. En toute hypothèse, cela n'implique pas selon nous, de différence de sens pertinente.

23. Le dernier argument à examiner à ce stade est suggéré par une interprétation normale, d'après le sens commun, de l'article 11, paragraphe 3. Il peut paraître paradoxal d'interpréter l'expression «durée programmée», que cette disposition utilise comme critère pour déterminer le nombre d'interruptions autorisé, comme incluant les interruptions elles-mêmes. Logiquement, il semble qu'il faille d'abord déterminer la longueur du film lui-même, et ce n'est qu'alors que l'on peut déterminer le nombre d'interruptions autorisé.

24. A première vue, cela semble être un argument de poids à l'appui du principe du net. Cependant, il faut admettre que la disposition peut être interprétée, et l'a été, dans l'autre sens. De plus, à d'autres endroits de la directive, la base de calcul des interruptions publicitaires inclut les publicités elles-mêmes. C'est le cas, par exemple, de l'article 18, paragraphe 2, qui détermine la durée maximale des publicités à l'intérieur d'une période d'une heure.

25. En conclusion, les arguments fondés sur le texte de l'article 11, paragraphe 3, pris séparément ou ensemble, ne fournissent aucune indication claire sur la question de savoir si cette disposition prescrit le principe du brut ou le principe du net. Passons à présent à l'examen de l'historique de la directive.

Historique de la directive

26. L'historique d'un instrument communautaire n'a pas été fréquemment utilisé par la Cour pour retirer des indications sur son sens et n'est généralement considéré que comme un moyen d'interprétation supplémentaire. La Cour a plutôt mis l'accent sur la structure de l'instrument, son contexte législatif (interprétation systématique) et sur la finalité et l'objet de l'instrument. Néanmoins, la Cour a admis que l'historique pouvait fournir des indications utiles; et, dans l'affaire RTI e.a. [7], en examinant l'historique de la directive en cause en l'espèce, la Cour s'est référée aux mêmes éléments que ceux invoqués dans la présente procédure, à savoir la convention européenne sur la télévision transfrontière et la position défendue par les institutions communautaires au cours de la procédure législative.

7 — Arrêt du 12 décembre 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94 à C-339/94, Rec. p. I-6471).

La convention européenne sur la télévision transfrontière

27. Le premier élément sur lequel on s'est fondé pour éclairer l'historique de la directive est la convention européenne sur la télévision transfrontière [8], adoptée par le Conseil de l'Europe juste avant l'adoption de la directive, et qui contient des dispositions très similaires. Les travaux concernant ces deux instruments se sont déroulés simultanément, et, lors d'une réunion à Rhodes les 2 et 3 décembre 1988, le Conseil européen a déclaré:

«Le Conseil européen considère qu'il est important que les efforts de la Communauté soient déployés de manière compatible avec la convention du Conseil de l'Europe» [9].

En outre, le préambule de la directive se réfère à la convention.

28. L'article 14, paragraphe 3, de la convention utilise des termes identiques à l'article 11, paragraphe 3, de la directive, hormis le fait qu'il se réfère à la «durée» plutôt qu'à la «durée programmée». La même différence apparaît dans les deux textes authentiques de la convention, à savoir les versions anglaise et française.

29. On peut tirer des conclusions différentes du lien existant entre la directive et la convention. D'une part, on pourrait affirmer que la différence de libellé doit refléter une différence de sens. D'autre part, on pourrait soutenir qu'il ne faut pas tenir compte de la différence de libellé, étant donné qu'il est peu vraisemblable que les mêmes États, négociant au même moment (certes, dans le cadre quelque peu plus large du Conseil de l'Europe et incluant également d'autres États qui sont parties à la convention culturelle européenne), auraient approuvé des dispositions contradictoires.

30. Bien que, à l'article 14, paragraphe 3, de la convention, il ne soit pas question de «durée programmée», le rapport explicatif de la convention (qui n'est pas authentique) en fait mention [10]. En outre, la convention a été récemment modifiée par un protocole [11], de sorte que, à l'article 14, paragraphe 3, il est fait référence à la «durée programmée»; selon les observations présentées par la Commission dans la présente affaire, cette modification vise à faciliter l'adhésion de la Communauté à la convention. De toute façon, la modification fait

8 — *Série des traités européens*, n° 132.

9 — *Bulletin des Communautés européennes*, n° 12/1988, point 8.

10 — Télévision transfrontière: rapport explicatif sur la convention européenne (5 mai 1989), point 191. Toutefois, le point 192 se réfère à la durée du film. Les rapports explicatifs des conventions du Conseil de l'Europe sont adoptés par le comité intergouvernemental, qui adopte le texte de la convention en cause, mais ne sont pas adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et sont présentés comme ne faisant pas foi.

11 — Protocole modifiant la convention européenne sur la télévision transfrontière, *Série des traités européens*, n° 171, 1er octobre 1998.

certainement penser que le terme «programmé» était jugé important.

La déclaration par le Conseil et la Commission

31. La Commission et le gouvernement du Royaume-Uni renvoient au procès-verbal du Conseil du 3 octobre 1989 [12] (date à laquelle la directive originale a été adoptée), qui, tel que cité par ces derniers, contient une déclaration par le Conseil et la Commission, selon laquelle les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 de l'article 11 doivent être calculées sur la base de la durée programmée des émissions. La Cour a été en général réticente à s'appuyer sur de telles déclarations pour l'interprétation d'une disposition réglementaire, à moins que le contenu de la déclaration ne trouve une expression dans le texte de la disposition à interpréter [13]. En l'espèce, la déclaration trouve une expression proche dans le texte. En effet, on peut affirmer que la déclaration soulève la question du sens à donner à l'expression «durée programmée», qui est précisément en cause en l'espèce. Cependant, cette déclaration montre de nouveau l'importance que l'on accorde à ce terme. De plus, la déclaration se réfère à la durée programmée des émissions, qui, comme observé ci-dessus, pourrait plus facilement se comprendre comme incluant le film et les interruptions publicitaires.

Le projet de modification du Parlement européen

32. Dans le cadre du présent historique, nous nous fondons également sur une modification de l'article 11, paragraphe 3, proposée par le Parlement européen le 14 février 1996, au cours de la procédure qui a abouti à l'adoption de la directive modificative. Le projet de modification était rédigé comme suit:

«La transmission d'œuvres audiovisuelles, telles que les longs métrages cinématographiques et les films réalisés pour la télévision (à l'exception des séries, des feuilletons, des programmes récréatifs et des documentaires) peut être interrompue une fois par tranche complète de quarante-cinq minutes. Une autre interruption est autorisée si leur durée programmée, *calculée sans tenir compte d'interruptions éventuelles*, est supérieure d'au moins vingt minutes à deux ou plusieurs tranches complètes de quarante-cinq minutes» (c'est nous qui soulignons) [14].

Il ressort donc que le Parlement souhaitait préciser que le principe du net était d'ap-

12 — Cité par la Commission et le Royaume-Uni comme document du Conseil SN 3063/89. Le texte original français précise: «Le Conseil et la Commission déclarent que les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 doivent être calculées sur la durée programmée des émissions».

13 — Voir l'arrêt du 26 février 1991, Antonissen (C-292/89, Rec. p. I-745, point 18); comparer avec l'arrêt du 12 mai 1998, Royaume-Uni/Commission (C-106/96, Rec. p. I-2729, point 29).

14 — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE (JO C 65, p. 96, 107).

plication, au moins pour les «autres interruptions» envisagées.

33. La réponse de la Commission [15] sur ce point était qu'elle ne pouvait accepter le passage de la modification précisant que la base du calcul du nombre d'interruptions autorisé devait être la durée programmée, «à l'exclusion de toute interruption». Cela imposerait une restriction inutile, qui pourrait avoir un impact très négatif sur les revenus des organismes de radiodiffusion télévisuelle.

34. Selon nous, il n'est pas possible de retirer beaucoup d'enseignements des étapes précitées de l'historique de la directive modifiée. Le projet de modification du Parlement indique que ce dernier cherchait à obtenir une reconnaissance explicite du principe du net.

35. La réponse de la Commission indique qu'elle considérait que l'expression «durée programmée» peut inclure des interruptions publicitaires. Elle montre également que la Commission était partisan du principe du brut. La Commission avait défendu la même position auparavant, ainsi que cela a été illustré en mai 1995 dans son rapport sur l'application de la directive [16], dans laquelle elle a déclaré que, selon elle, le principe du brut était la disposition minimale nécessaire aux fins de la directive.

36. En conclusion, bien que nous n'attachons pas une grande importance à l'historique, ce dernier montre que le Parlement n'est pas parvenu à faire admettre partiellement le principe du net et suggère peut-être que la législation a été délibérément maintenue sous une formule ambiguë, qui, selon la Commission et certains États membres, autorise le principe du brut.

Interprétation systématique

37. Dans le cadre de l'interprétation systématique, il peut sembler utile d'interpréter l'article 11, paragraphe 3, à la lumière du chapitre IV de la directive («Publicité télévisée et parrainage»), considéré dans son ensemble. Les dispositions des autres articles ne semblent toutefois pas pertinentes.

38. Le principal argument, qui a été souligné notamment par le gouvernement néerlandais dans ses observations écrites et par le gouvernement français à l'audience, concerne le rapport entre l'article 11, paragraphe 1, et l'article 11, paragraphe 3. Nous rappellerons que l'article 11, paragraphe 1, établit la règle générale selon laquelle les publicités doivent être insérées entre les émissions, mais que, sous réserve des conditions fixées aux paragraphes 2 à 5

15 — Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552, COM(96) 200 final.

16 — Rapport d'application de la directive 89/552, COM(95) 86 final.

dudit article, des publicités «peuvent également être insérées dans des émissions de façon à ne porter atteinte ni à l'intégrité ni à la valeur des émissions... et de manière à ce qu'il ne soit pas porté préjudice aux droits des ayants droit».

39. Les gouvernements néerlandais et français soutiennent que, étant donné que l'article 11, paragraphe 1, établit la règle générale selon laquelle les publicités doivent être insérées *entre* les émissions, l'interruption des émissions autorisée par l'article 11, paragraphe 3, est une exception, qui, en tant que dérogation à la règle générale, doit être interprétée de manière restrictive, c'est-à-dire, selon le principe du net.

40. Nous ne pensons pas que cette conclusion s'impose. En termes concrets, ce qui est en cause est essentiellement, comme expliqué ci-dessus, la possibilité d'insérer des interruptions plus fréquentes, mais plus courtes, et des interruptions moins fréquentes, mais plus longues. Un argument général fondé sur le principe de l'interprétation restrictive des dérogations ne permet pas, selon nous, de résoudre cette question spécifique.

41. En toute hypothèse, la prémisse elle-même semble douteuse. Une dérogation doit certainement être interprétée de manière restrictive lorsqu'elle déroge à une liberté fondamentale. En d'autres circonstances, il peut être plus exact de donner à une dérogation toute portée conforme à ses propres termes et à son propre objet et but. Et en l'espèce, c'est le principe du brut qui semble davantage compatible avec la réalisation d'une liberté fondamentale: c'est le principe du net qui impose une restriction plus grande à la liberté de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle et de l'annonceur. De telles restrictions peuvent certes être souhaitables, entre autres raisons, pour la protection du spectateur; mais elles ne sauraient être justifiées, selon nous, sur la simple base du principe d'interprétation qui a été invoqué.

42. Cependant, il nous semble qu'il faut tirer une autre conclusion de l'interprétation systématique. Étant donné que l'article 11, paragraphe 1, établit une règle générale, il nous semble que, quel que soit le principe qui s'applique en vertu de l'article 11, paragraphe 3, celui du brut ou celui du net, les publicités qui interrompent la transmission de films en vertu de cette disposition doivent, en toutes circonstances, respecter l'intégrité et la valeur du film et ne pas porter préjudice aux droits des ayants droit du film.

43. Un autre argument structurel se base sur l'utilisation de la même expression «durée programmée» à l'article 11, paragraphe 5, de la directive, en supposant que l'expression doit être interprétée de la même manière dans les deux dispositions. Cet argument est avancé notamment par le gouvernement du Royaume-Uni, dont le principal argument relatif à l'article 11, paragraphe 5, soulève des questions quelque peu différentes de celles qui font l'objet de la présente affaire. Selon cet argument, l'application du principe du net à l'article 11, paragraphe 5, aurait pour effet de

tenir en échec la politique de programmation des organismes commerciaux britanniques de radiodiffusion télévisuelle, qui consiste à programmer de nombreux journaux télévisés et émissions d'information politique ainsi que des documentaires pour des périodes d'une demi-heure et à ne prévoir qu'une seule interruption publicitaire au milieu de ces émissions. Pour des raisons qui apparaîtront ci-après, il n'est sans doute pas nécessaire d'examiner les implications de cet argument, notamment en ce qui concerne la confiance légitime des personnes concernées. Toutefois, nous admettons que l'expression «durée programmée» doit avoir le même sens à l'article 11, paragraphe 3 qu'à l'article 11, paragraphe 5.

Arguments téléologiques: les objectifs de la directive

44. Nous examinons enfin les objectifs de la directive. Des arguments fondés sur les objectifs de la directive, tels qu'énoncés dans le préambule, sont avancés par les deux camps. Ainsi, selon le vingt-septième considérant du préambule, la directive cherche à assurer de façon complète et adéquate la protection des intérêts des consommateurs que sont les téléspectateurs et à soumettre la publicité télévisée à un certain nombre de normes minimales et de critères. D'aucuns affirment que cela justifierait une interprétation restrictive de l'article 11, paragraphe 3, et plaiderait en faveur du principe du net.

45. D'autre part, Pro Sieben affirme que la directive est fondée sur la prémisse du libre exercice des activités économiques, et, notamment, de la libre diffusion d'émissions télévisées. Il cite, entre autres, les sixième et septième considérants du préambule, qui stipulent respectivement que la radiodiffusion télévisuelle est un service au sens du traité et que le traité prévoit la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération. Le préambule mentionne également le principe de la liberté d'expression, consacré par l'article 10, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

46. Le préambule mentionne divers autres objectifs économiques, tels l'établissement d'une concurrence loyale [17] et la promotion des productions européennes [18]. Par conséquent, la directive protège différents intérêts concurrents. En outre, on ne voit pas bien lequel des principes, du net ou du brut, servirait le mieux les divers objectifs, et des arguments économiques ont été avancés par les deux camps.

47. Par exemple, il est affirmé que le principe du brut porterait préjudice aux consommateurs parce qu'il permettrait que les émissions soient interrompues plus souvent par des publicités. De plus, une offre plus grande d'espaces publicitaires potentiellement meilleur marché réduirait la demande des annonceurs. Cela créerait une importante barrière à l'entrée pour d'éventuels nouveaux organismes de radiodiffusion télévisuelle, dont les revenus proviendraient nécessairement de la publicité.

17 — Troisième considérant.

18 — Vingtième, vingt-deuxième et vingt-quatrième considérants.

L'industrie européenne de radiodiffusion télévisuelle en pâtirait, tout comme les producteurs et les spectateurs, ce qui restreindrait le pluralisme que la directive cherche à promouvoir.

48. D'autre part, Pro Sieben et le gouvernement du Royaume-Uni affirment que l'application du principe du net aurait un impact économique négatif sur les organismes privés de radiodiffusion télévisuelle et les annonceurs. Leur raisonnement est fondé sur l'hypothèse que, comme expliqué ci-dessus, le principe du net autoriserait des interruptions publicitaires moins nombreuses, mais plus longues.

49. Selon une étude commandée par Pro Sieben, des interruptions d'une telle longueur auraient deux effets: premièrement, les spectateurs auraient tendance à changer de chaîne dès que ces interruptions commencent et, deuxièmement, les spots publicitaires individuels perdraient leur élément d'identification à l'intérieur de ces interruptions [19]. Cela signifierait que, en pratique, les organismes de radiodiffusion télévisuelle devraient réduire le volume des publicités afin de rendre leurs interruptions acceptables tant par les spectateurs que par les annonceurs. La réduction du volume de publicité aurait un impact négatif sur les revenus des organismes privés de radiodiffusion télévisuelle. D'autre part, du point de vue des annonceurs — et, ici, l'analyse peut présenter une certaine contradiction —, il y aurait une diminution de l'offre d'espaces publicitaires, entraînant une augmentation des prix. En outre, les producteurs et spectateurs européens pâtiraient du fait que les organismes de diffusion radiotélévisuelle seraient moins en mesure de financer une variété d'émissions.

19 — Publieurope International Ltd., Memorandum zu den Auswirkungen des Nettoprinzips auf ausländische Werbetreibende, p. 3.

50. A la lumière des arguments qui précèdent, fondés sur les objectifs de la directive, il semble de nouveau qu'aucune indication claire ne ressorte quant au choix à opérer entre le principe du brut et le principe du net. Par conséquent, il ne nous paraît pas nécessaire d'évaluer les arguments économiques qui ont été invoqués.

Appréciation

51. Aucune conclusion claire ne ressort des arguments qui ont été avancés, que ces derniers soient fondés sur une analyse textuelle, sur l'historique de la directive, sur une interprétation systématique, ou sur les objectifs ou les effets possibles de la directive. Bien que l'historique milite peut-être en faveur du principe du brut, les arguments ne sont en aucune manière concluants.

52. Sous l'angle des principes, il nous semble que, dans ces circonstances, lorsqu'une directive est ouverte à deux interprétations, on aurait tort d'adopter l'interprétation la plus restrictive. Lorsqu'une mesure législative cherche à imposer une restriction à une activité, cette restriction

doit être exprimée en termes clairs. Ce principe doit être d'autant plus valable que l'activité en cause concerne, à la fois, l'exercice d'une liberté fondamentale du traité — la libre prestation des services — et un droit fondamental tiré de la convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales — la liberté d'expression —, ces deux libertés ayant été expressément invoquées dans le préambule de la directive.

53. Ce principe semble, en toute hypothèse, particulièrement approprié au cas d'espèce, dans lequel, à la lumière des arguments avancés par les deux camps, la disposition en cause semble non seulement également ouverte à deux interprétations contradictoires, mais est peut-être délibérément ambiguë. On ne saurait invoquer une ambiguïté — notamment une ambiguïté délibérée — pour restreindre une liberté fondamentale.

54. A défaut d'indications claires en sens contraire, cela laisserait supposer que la disposition doit être interprétée comme prescrivant le principe du brut, au motif qu'il est moins restrictif.

55. Mais cette considération de principe est, selon nous, renforcée par un élément important de la directive qui n'a pas reçu une attention suffisante.

56. Il est important d'avoir à l'esprit que la directive vise à établir uniquement des normes minimales et que ces normes prévoient expressément que les émissions diffusées à l'intérieur d'un seul État membre seront soumises à différents régimes légaux. Cette caractéristique de la directive a été soulignée par la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation d'autres dispositions de la directive concernant la publicité: voir notamment les arrêts Leclerc-Siplec, RTI e.a. et De Agostini et TV-Shop [20].

57. Le préambule de la directive originale stipule:

«... la présente directive prévoit les dispositions minimales nécessaires pour assurer la libre diffusion des émissions... [21];

...

... pour assurer de façon complète et adéquate la protection des intérêts des consommateurs que sont les téléspectateurs, il est essentiel que la publicité télévisée soit soumise à un certain nombre de normes minimales et de critères, et que les États membres aient la faculté de fixer des règles plus strictes ou plus détaillées et, dans certains cas, des conditions différentes

20 — Arrêts du 9 février 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Rec. p. I-179); RTI e.a., précité, et du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, Rec. p. I-3843).

21 — Treizième considérant.

pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence» [22].

58. En outre, le préambule de la directive modificative stipule:

«... l'approche adoptée dans la directive 89/552/CEE et la présente directive vise à réaliser l'harmonisation fondamentale nécessaire et suffisante pour assurer la libre circulation des émissions de télévision à l'intérieur de la Communauté... les États membres ont la faculté d'appliquer aux organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines coordonnés par la présente directive...» [23].

59. Il ressort clairement de ces considérants, ainsi que de l'article 3, paragraphe 1, de la directive, examiné ci-après, que la directive a pour seule préoccupation une harmonisation minimale et envisage la possibilité pour les États membres d'adopter des régimes légaux différents pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence respective.

60. Par conséquent, pour répondre à la première question sur la base des arguments précités, nous sommes d'avis que l'article 11, paragraphe 3, doit être interprété comme prévoyant le principe du brut, bien que les interruptions doivent, en toute hypothèse, satisfaire aux conditions générales fixées à l'article 11, paragraphe 1.

61. En raison de la conclusion à laquelle nous sommes parvenus, il n'est pas nécessaire d'examiner les perturbations éventuelles ni l'effet potentiel sur des contrats existants ou sur la confiance légitime des personnes concernées, si les États membres qui avaient adopté jusqu'à ce jour le principe du brut étaient tenus d'introduire le principe du net. Si, toutefois, nous étions parvenus à la conclusion contraire, il aurait été nécessaire d'examiner les limites à imposer à l'arrêt que doit rendre la Cour, de sorte à protéger la confiance légitime, notamment en raison de la position en faveur du principe du brut que la Commission a constamment défendue [24].

Seconde question

62. Par la seconde question, la juridiction nationale demande, en fait, si la circonstance qu'un État membre prévoie le principe du net est compatible avec l'article 11, paragraphe 3, combiné avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive, ou avec le droit communautaire primaire.

22 — Vingt-septième considérant.

23 — Point 44 des considérants.

24 — Voir le point 35 ci-dessus; sur la pertinence de la position de la Commission sur la question de la confiance légitime, voir l'arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455, points 72 et 73).

63. Seule Pro Sieben préconise une réponse négative à cette question. Une réponse affirmative est préconisée par les requérantes, les gouvernements français, italien, néerlandais, suédois et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission.

64. La seconde question peut être examinée en deux parties: a) l'article 11, paragraphe 3, combiné avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive autorise-t-il les États membres à prévoir le principe du net; et b) le principe du net est-il compatible avec le droit communautaire primaire?

La seconde question, première partie

65. Il y a actuellement deux dispositions dans la directive, les articles 3, paragraphe 1, et 20, qui autorisent les États membres à prévoir des conditions différentes de celles fixées ailleurs dans la directive. (Le texte original contenait deux dispositions supplémentaires: l'article 8, qui traitait de la politique en matière de langue, et l'article 19, qui autorisait l'adoption de règles plus strictes «que celles de l'article 18 pour le temps d'antenne et les modalités de transmission télévisée...»).

66. L'article 20 dispose: «Sans préjudice de l'article 3, les États membres peuvent prévoir, dans le respect du droit communautaire, des conditions autres que celles fixées à l'article 11, paragraphes 2 à 5... pour les émissions qui sont destinées uniquement au territoire national et qui ne peuvent être reçues par le public, directement ou indirectement, dans un ou plusieurs autres États membres». Il apparaît que l'article 20 ne saurait s'appliquer aux faits de l'espèce, étant donné que les émissions de Pro Sieben peuvent être reçues dans d'autres États membres.

67. De manière plus générale, l'article 3, paragraphe 1, dispose que «Les États membres ont la faculté, en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence, de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la présente directive». Le texte de cette disposition générale pourrait sembler concluant.

68. Cependant, Pro Sieben affirme que l'article 3, paragraphe 1, ne saurait s'appliquer au cas d'espèce, au motif que les règles en cause relèvent de l'objet de l'article 11 (la détermination du moment des interruptions publicitaires) et que, étant donné que l'article 20 renvoie à l'article 11, les États membres ont le droit de prévoir des règles supplémentaires du type prévu à l'article 11 uniquement dans les circonstances prévues à l'article 20 — à savoir lorsque les émissions en cause ne peuvent être reçues que sur le territoire national.

69. Cependant, selon nous, il suffit d'observer qu'il est expressément mentionné que l'article 20 s'applique «sans préjudice

de l'article 3». En outre, le fait que l'article 20 concerne des conditions «autres que» celles de l'article 11 suggère qu'il est destiné à traiter un type de règles différent de celui autorisé par l'article 3, paragraphe 1, qui envisage des règles «plus détaillées ou plus strictes». Cette opinion est corroborée par le libellé des vingt-septième et vingt-huitième considérants du préambule de la directive originale, qui opère une distinction entre «règles plus détaillées ou plus strictes» et «conditions différentes».

70. Ainsi que la Cour l'a observé dans l'arrêt Leclerc-Siplec [25] à propos de l'article 19 de la directive originale, ni les considérants ni l'objectif de la directive n'exigent que cette dernière soit interprétée comme privant les États membres de la faculté qui leur a été reconnue par son article 3, paragraphe 1 [26]; en outre, la réalisation de l'objectif de la directive consistant à assurer la libre diffusion des émissions télévisées conformes aux normes minimales prévues par elle n'est aucunement affectée lorsque les États membres imposent des règles plus strictes aux organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence [27].

71. Par conséquent, nous considérons que l'article 3, paragraphe 1, de la directive accorde aux États membres la faculté d'appliquer un régime, tel le principe du net, qui est plus strict que le principe du brut aux organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence à condition que ce régime soit compatible avec d'autres dispositions pertinentes du droit communautaire.

La seconde question, seconde partie

72. Après avoir établi que l'adoption par un État membre du principe du net pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence ne serait pas contraire aux termes de la directive, nous examinons la question de savoir si l'adoption de ce principe serait compatible avec le traité et les principes généraux du droit.

73. L'Oberlandesgericht Stuttgart se réfère aux articles 5, 6, 30, 59 et 85 du traité CE (devenus articles 10, 12, 28, 49 et 81 CE) ainsi qu'au principe général d'égalité.

74. Bien que l'article 3, paragraphe 1, de la directive autorise l'adoption de règles plus détaillées ou plus strictes (et donc, l'adoption du principe du net) dans les domaines couverts par la directive uniquement pour des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence de l'État membre qui souhaite imposer ces normes, on pourrait affirmer que l'adoption du principe du net par un État membre, en application de l'article 3, paragraphe 1, a un effet transfrontalier sur la libre circulation des services et des marchandises pour les motifs suivants.

25 — Précité à la note 20.
26 — Point 42 de l'arrêt.
27 — Point 44 de l'arrêt.

75. Premièrement, on pourrait soutenir que le nombre réduit de créneaux horaire attractifs pour les publicités ainsi que l'augmentation des prix de ces publicités qui en résulterait vraisemblablement affecteront la capacité des vendeurs de marchandises et des prestataires de services établis à l'étranger de faire de la publicité pour leurs marchandises ou leurs services dans cet État.

76. Deuxièmement, selon la jurisprudence de la Cour et ainsi que l'admet le préambule de la directive, la fourniture de services de radiodiffusion, en général, et la diffusion de messages publicitaires à la télévision, en particulier, relèvent des règles du traité en matière de prestations de services [28]. On pourrait affirmer que la possibilité pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle d'offrir leurs services de radiodiffusion aux fins de relayer les publicités pour des clients (c'est-à-dire les annonceurs) établis dans d'autres États membres est affectée si le nombre de créneaux horaire attractifs qu'ils sont autorisés à offrir est limité. On peut soutenir qu'un organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un État qui impose le principe du net est placé dans une position concurrentiellement désavantageuse par rapport à un organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un État pratiquant le principe du brut (en supposant que les deux organismes puissent transmettre des émissions dans l'État de son concurrent), étant donné qu'il aura un nombre réduit de créneaux publicitaires attractifs à offrir. En raison de cette offre réduite, ces créneaux seront aussi vraisemblablement plus chers.

77. Toutefois, on peut réfuter de manière assez sommaire l'argument selon lequel il y a, de ce fait, infraction au traité. En ce qui concerne premièrement l'article 30 du traité, nous rappellerons que, dans l'arrêt Leclerc-Siplec [29], la Cour a déclaré que l'interdiction de la publicité télévisée dans un secteur particulier (la distribution) ne relevait pas de cet article. Étant donné que la restriction sur la publicité en cause dans la présente affaire est d'un genre analogue à celle examinée dans l'affaire Leclerc-Siplec, mais d'une étendue moindre, nous concluons que l'application du principe du net ne relève pas de cet article.

78. En ce qui concerne l'application de l'article 59 du traité, dans la mesure où le principe du net restreint la libre prestation de services au sens de cet article, nous pensons que ces restrictions sont, en toute hypothèse, susceptibles d'être justifiées par des motifs tirés de la protection du consommateur.

79. La Cour a déjà admis que certaines restrictions à la diffusion de publicités, y compris une limitation de la durée ou de la

28 — Voir notamment l'arrêt du 30 avril 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409, point 6); voir également l'arrêt De Agostini et TV-Shop, précité, point 48, ainsi que le point 106 des conclusions que nous avons présentées dans la même affaire.

29 — Arrêt précité à la note 20.

fréquence des publicités, peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général si elles sont imposées pour protéger les consommateurs contre les excès de la publicité ou, en tant qu'objectif de politique culturelle, pour maintenir un certain niveau de qualité de programmes, ou pour le maintien du pluralisme: voir l'affaire Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. [30].

80. Selon l'ARD, la protection des consommateurs et des œuvres artistiques sont en fait les objectifs poursuivis par le principe du net. D'autre part, la Commission suggère que le but poursuivi par l'application du principe du net en Allemagne est d'empêcher la chute des coûts de publicité, de sorte à maintenir le revenu des autorités publiques de radiodiffusion télévisuelle. Selon la Commission, les objectifs sont la préservation de la pluralité dans les médias, dans l'intérêt d'une politique culturelle, et aussi la protection d'une concurrence loyale.

81. Selon nous, il est manifeste que le principe du net peut être justifié par des motifs tirés de la protection des consommateurs. Il est vrai que la directive elle-même contient déjà certaines garanties contre une publicité excessive, dans l'intérêt des consommateurs. Cependant, cela ne saurait être considéré comme écartant nécessairement la possibilité pour les États membres de justifier leurs règles plus strictes par des motifs pris de la protection du consommateur, étant donné que la directive vise uniquement une harmonisation minimale. Si les États membres n'avaient d'autre choix, alors, ainsi que la Commission l'a observé à l'audience, les directives d'harmonisation minimale se transformeraient effectivement en directives d'harmonisation totale, imposant des normes maximales.

82. En outre, ainsi que le déclare la Commission, on ne saurait affirmer que l'application du principe du net enfreint le principe de proportionnalité, étant donné que ses effets sur la libre prestation de services, comparés aux effets du principe du brut, ne paraissent pas importants, et ne sont manifestement pas disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis par la mesure nationale.

30 — Arrêt du 25 juillet 1991 (C-288/89, Rec. p. I-4007, points 27 et 23).

83. Il n'y a pas de discrimination exercée en raison de la nationalité au sens de l'article 6 du traité. Toute différence entre le traitement réservé par la République fédérale d'Allemagne aux organismes de radiodiffusion télévisuelle nationaux et le traitement réservé par d'autres États membres à leurs organismes de radiodiffusion télévisuelle ne relève pas de cet article, étant donné que ce dernier n'oblige pas les États membres à traiter leurs propres organismes de radiodiffusion télévisuelle de la même manière que les autres États membres traitent les leurs [31].

84. De même, on ne saurait affirmer que le principe général d'égalité est enfreint. Bien que des organismes de radiodiffusion télévisuelle situés dans des États membres différents peuvent être soumis à des conditions différentes, avec pour résultat que certaines inégalités persistent dans les conditions de concurrence, ces inégalités semblent être une caractéristique inhérente des législations prévoyant des normes minimales. En effet, dans d'autres affaires, la Cour a admis que ces conséquences sont une caractéristique nécessaire des dispositions d'harmonisation qui contiennent des prescriptions minimales et ne sauraient être considérées, à cet égard, comme illégales [32].

85. Enfin, on voit mal comment les articles 85 et 5 du traité seraient pertinents, étant donné que l'on n'a pas établi l'existence d'un accord entre entreprises. Il n'a pas été suggéré que l'application du principe du net exigerait ou encouragerait la conclusion d'un accord entre entreprises ou renforcerait les effets d'un tel accord, ni que la loi attaquée délègue à des entreprises privées la responsabilité d'organiser la publicité télévisuelle.

31 — Voir, par exemple, le point 19 de l'arrêt du 7 mai 1992, Wood et Cowie (C-251/90 et C-252/90, Rec. p. I-2873).

32 — Voir l'arrêt du 19 octobre 1995, Hönig (C-128/94, Rec. p. I-3389, point 17).

Conclusion

86. Par conséquent, selon nous, il conviendrait de répondre comme suit aux questions déférées par l'Oberlandesgericht Stuttgart:

«1) L'article 11, paragraphe 3, de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, dans sa version originale et telle que modifiée par l'article 1er, point 13, de la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, doit être interprété comme prévoyant le principe du brut, c'est-à-dire que, pour calculer la période de quarante-cinq minutes aux fins de déterminer le nombre d'interruptions publicitaires autorisé dans la diffusion d'œuvres audiovisuelles, tels des longs métrages et des films conçus pour la télévision, la durée des publicités doit être incluse dans cette période. Ces interruptions ne sont toutefois autorisées qu'à la condition que l'intégralité et la valeur de l'œuvre soient respectées et qu'il ne soit pas porté préjudice aux droits des ayants droit de l'œuvre.

2) Sous réserve du respect des mêmes conditions, les États membres ont la faculté, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive, de prévoir pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence l'application du principe du net, c'est-à-dire, de prévoir que, pour calculer cette période, la durée des publicités doit être exclue.»