# RAPPORT D'AUDIENCE
## présenté dans l'affaire C-353/89 *

### I — Faits et cadre réglementaire

A — *Objet de la demande*

La demande couvre deux mesures, indépendantes l'une de l'autre, qui figurent dans la même loi néerlandaise du 21 avril 1987 réglant la fourniture de programmes de radiodiffusion et de télévision, les redevances de radiotélévision et les mesures d'aides aux organes de presse (*Staatsblad* n° 249, 1987, ci-après « Mediawet »), entrée en vigueur le 1er janvier 1988.

La Commission s'en prend à deux aspects de cette loi: d'une part, à l'obligation faite aux organismes nationaux de radiodiffusion de s'adresser à une entreprise nationale pour la réalisation de leurs programmes de radio et de télévision et, d'autre part, aux conditions imposées pour la retransmission de messages publicitaires contenus dans des programmes de radio ou de télévision émis à partir du territoire d'autres États membres.

B — *Régime mis en place par la Mediawet*

Aux Pays-Bas, l'essentiel du temps d'antenne disponible pour la radiodiffusion nationale est partagé entre des organismes appelés « omroepverenigingen ».

Ces « omroepverenigingen » sont des associations d'auditeurs ou de téléspectateurs, dotées de la personnalité juridique, et qui ont pour objet de représenter un courant social, culturel, religieux ou spirituel déterminé, indiqué dans leurs statuts, et de chercher à satisfaire par leurs programmes les besoins sociaux, culturels, religieux ou spirituels des Pays-Bas. Une « omroepvereniging » est considérée comme représentative dès qu'elle compte au moins 150 000 membres.

Le temps d'antenne est attribué à chaque « omroepvereniging » en fonction du nombre de ses membres.

Les « omroepverenigingen » ont, en principe, l'entière liberté de leur programmation. Elles peuvent soit acheter des programmes déjà réalisés aux Pays-Bas ou dans d'autres pays, soit réaliser elles-mêmes leurs émissions.

Dans ce dernier cas, les « omroepverenigingen » qui disposent de temps d'antenne sur le réseau national ont l'obligation de recourir aux moyens techniques (studios d'enregistrement, ateliers de décors, techniciens...) que possède une société anonyme de droit néerlandais, le Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf (ci-après « Bedrijf »). Ces moyens techniques sont mis à la disposition des associations, selon un tarif établi par le Bedrijf lui-même. La Mediawet prévoit que les « omroepverenigingen » ont l'obligation de recourir aux

* Langue de procédure: le néerlandais.

moyens techniques offerts par le Bedrijf pour la réalisation de tous leurs programmes de radio; pour ce qui concerne la réalisation de programmes de télévision, elles ne doivent s'adresser au Bedrijf que pour un certain pourcentage de leurs besoins.

Plus précisément, l'article 61 de la Mediawet dispose:

« Pour assurer le maintien des moyens de production, les organismes qui ont obtenu du temps d'antenne sur le réseau national doivent dispenser chaque année auprès du Bedrijf l'ensemble des montants mis à leur disposition en application des articles 101 et 102 en ce qui concerne la réalisation des programmes de radio et un pourcentage fixé par décret en ce qui concerne la réalisation des programmes de télévision. »

L'article 154 prévoit, par ailleurs, que, « pour la première fixation du pourcentage en application de l'article 61, le pourcentage en question est fixé à 75 % ».

Les moyens financiers nécessaires à la réalisation des programmes nationaux des « omroepverenigingen » proviennent, pour partie, d'une redevance de radiotélévision et, pour partie, des recettes de la publicité audiovisuelle.

Ces « omroepverenigingen » ne peuvent cependant insérer dans leurs programmes des messages publicitaires émanant de tiers. Le monopole de la diffusion de ces messages est réservé à une fondation, la Stichting Etherreclame (ci-après « STER »).

La STER, indépendante des « omroepverenigingen », ne réalise pas elle-même les messages publicitaires. Ceux-ci sont fournis par les publicitaires eux-mêmes. La STER se limite en fait à la vente de temps d'antenne publicitaire. Les recettes de la STER sont utilisées en partie pour subventionner les associations de radiodiffusion et en partie pour soutenir la presse écrite.

Aux Pays-Bas, la majorité des programmes de radio ou de télévision ne peuvent être reçus dans les foyers qu'au moyen de la télédistribution par câble.

Les gérants de réseau de télédistribution ont l'obligation de transmettre les programmes des radios et des télévisions nationales. Ils ont, par ailleurs, l'autorisation de transmettre des programmes étrangers. Toutefois, en dehors du cas où ces programmes peuvent être captés au moyen d'une antenne individuelle ordinaire, l'article 66 de la Mediawet n'autorise leur retransmission, lorsqu'ils contiennent de la publicité commerciale spécialement destinée au public néerlandais, que si deux séries de conditions sont remplies.

Les unes sont relatives aux messages publicitaires eux-mêmes: ceux-ci doivent être reconnaissables en tant que tels; ils ne peuvent excéder 5 % du temps d'antenne total, ni être diffusés le dimanche.

Les autres ont trait à l'émetteur: celui-ci ne doit pas poursuivre un but lucratif; il ne peut procurer des profits à des tiers; il doit confier la gestion de la publicité à une personne morale distincte du fournisseur de programmes.

Plus particulièrement, l'article 66 dispose notamment:

« 1. Le gérant d'un réseau de télédistribution peut:

a) transmettre les programmes qui sont émis par un organisme de radiodiffusion étranger au moyen d'un émetteur de radiodiffusion et qui, la plupart du temps, peuvent être captés directement dans la zone desservie par le réseau câblé au moyen d'une antenne individuelle normale dans des conditions de qualité généralement satisfaisantes;

b) transmettre des programmes autres que ceux visés sous a), et qui sont émis par un organisme étranger de radiodiffusion, conformément à la législation applicable dans les pays d'émission. Si ces programmes contiennent des messages publicitaires, leur diffusion n'est autorisée qu'à la condition que ces messages soient produits par une personne morale distincte, qu'ils puissent être clairement identifiés comme tels et soient clairement séparés d'autres parties du programme et ne soient pas diffusés le dimanche, que la durée de ces messages ne dépasse pas 5 % du temps d'antenne utilisé, que l'organisme de radiodiffusion satisfasse aux dispositions de l'article 55, paragraphe 1, et que les recettes soient intégralement affectées à la production des programmes. Toutefois, si ces conditions ne sont pas remplies, la diffusion d'un tel programme est également autorisée à la condition que les messages publicitaires qu'il contient ne soient pas destinés en particulier au public néerlandais;

2. Aux fins de l'application de la disposition du paragraphe 1, sous b), les messages publicitaires sont, en tout état de cause, réputés s'adresser en particulier au public néerlandais s'ils sont diffusés au cours ou immédiatement à la suite d'une partie de programmes comportant un sous-titrage néerlandais ou une partie de programme en langue néerlandaise.

3. Notre ministre peut accorder une dérogation à l'interdiction inscrite au paragraphe 1, sous b), en ce qui concerne les programmes de radiodiffusion qui sont émis en Belgique à destination du public néerlandophone de Belgique. »

C — *Antécédents du litige*

1. *En ce qui concerne l'obligation, absolue ou partielle, de recourir aux moyens techniques du Bedrijf pour la réalisation des programmes de radiodiffusion ou de télévision*

Par lettre du 21 décembre 1987, la *Commission* a fait savoir au gouvernement néerlandais que, en réservant au Bedrijf la totalité des commandes des organismes néerlandais de radiodiffusion sonore et 75 % des commandes des organismes néerlandais de télévision, il a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 30, 52 et 59 du traité CEE.

La Commission relevait, dans cette lettre, qu'aux termes de la directive 70/50/CEE, du 22 décembre 1969 (JO 1970, L 13), sont à considérer comme des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, contraires à l'article 30 du traité CEE, les mesures qui « favorisent les produits nationaux ou leur accordent une préférence » (article 2, paragraphe 2, dernière phrase), et qui « incitent à l'achat des seuls produits nationaux ou imposent cet achat ou lui accordent une préférence » [article 2, paragraphe 3, point k)].

Elle estimait dès lors que la Mediawet limitait les possibilités pour les entreprises des autres États membres:

— de bénéficier de la libre circulation des marchandises, prévue à l'article 30 du traité CEE, puisque ces entreprises ne peuvent plus fournir aucun programme sonore aux organismes néerlandais de radiodiffusion et ne peuvent leur livrer qu'une quantité limitée de programmes télévisuels;

— de faire usage de la liberté d'établissement, offerte par l'article 52 du traité, puisqu'il leur est plus difficile de s'établir aux Pays-Bas afin d'y exercer leurs activités;

— d'exercer la liberté de prestation des services, prévue à l'article 59 du traité, puisque ces entreprises ne peuvent fournir aucun service de radiodiffusion sonore aux organismes néerlandais et ne peuvent leur livrer qu'une part limitée de services de radiodiffusion télévisuelle.

Par lettre du 29 avril 1988, le *royaume des Pays-Bas* a répondu que l'obligation de s'adresser au Bedrijf en vue de la réalisation d'émissions était étrangère à la libre circulation des marchandises et ne tombait dès lors pas sous le coup de l'article 30 du traité CEE. Les activités du Bedrijf consisteraient en des prestations de services: sa fonction essentielle serait de mettre à la disposition des organismes de radiodiffusion des moyens techniques, tels que des studios et du personnel. Les organismes de radiodiffusion seraient par ailleurs libres d'acheter, tant dans le pays qu'à l'étranger, les supports matériels de productions déjà réalisées, tels que films, cassettes, bandes magnétiques...

Le royaume des Pays-Bas ajoutait que l'article 61 de la Mediawet n'était pas davantage incompatible avec l'article 52 du traité CEE. Selon lui, la Mediawet ne met aucune entrave à l'établissement d'entreprises proposant des services analogues à ceux offerts par le Bedrijf. L'obligation de recourir au Bedrijf ne concernerait que les organismes constitués au niveau national, et non les organismes de radiodiffusion régionaux et locaux. Ces derniers pourraient recourir aux entreprises de leur choix pour la réalisation de leurs émissions. Les organismes nationaux auraient d'ailleurs la même faculté, à concurrence de 25 % de leurs moyens financiers. Au demeurant, quand bien même il y aurait entraves à la liberté d'établissement, celles-ci toucheraient sans discrimination les entreprises néerlandaises, autres que le Bedrijf, et les entreprises étrangères.

Ensuite, le royaume des Pays-Bas soulignait que l'obligation énoncée à l'article 61 de la Mediawet, qui n'est que temporaire, ne pouvait avoir aucune incidence sur la libre prestation des services. Ainsi, elle n'établirait

aucune discrimination entre les entreprises néerlandaises, autres que le Bedrijf, et les entreprises du secteur audiovisuel des autres États membres qui souhaiteraient offrir leurs services aux Pays-Bas. Ensuite, les entreprises ou les organismes de radiodiffusion autres que ceux constitués au niveau national pourraient recourir aux moyens techniques des sociétés de leur choix.

Enfin, le gouvernement néerlandais estimait que l'article 90 du traité CEE permettait aux États membres, agissant pour des considérations non économiques d'intérêt général, de soustraire certaines activités économiques du champ de la libre concurrence et d'accorder à une ou plusieurs sociétés le droit exclusif de les exercer. Parmi ces considérations d'intérêt général figureraient, dans le cas d'espèce, la nécessité d'accorder des moyens de qualité au moindre coût aux organismes de radiodiffusion qui représentent les diverses tendances de la société néerlandaise et celle de maintenir des moyens matériels qui concrétisent la politique culturelle menée par le gouvernement néerlandais: orchestre, chœurs, phonothèque, archives visuelles.

La *Commission* s'estimant insatisfaite de cette réponse a émis un avis motivé en date du 27 janvier 1989.

L'argumentation du royaume des Pays-Bas relative à l'article 30 n'a pas emporté la conviction de la Commission. Selon la Commission, l'obligation imposée aux organismes nationaux de radiodiffusion de dépenser auprès du Bedrijf 75 ou 100 % de leurs ressources financières restreint leurs possibilités d'acheter des œuvres audiovisuelles auprès d'entreprises étrangères.

La Commission a accepté, en revanche, les arguments avancés par les autorités néerlandaises pour exclure l'application de l'article 52 du traité.

Enfin, la Commission a maintenu que l'obligation prévue à l'article 61 de la Mediawet était contraire à l'article 59 du traité.

La Commission a conclu, en conséquence, qu'en réservant à une entreprise néerlandaise tout ou partie des commandes émanant des organismes nationaux néerlandais de radiodiffusion le royaume des Pays-Bas avait manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu des articles 30 et 59 du traité CEE.

Elle a invité le royaume des Pays-Bas à prendre les mesures requises pour se conformer à son avis motivé dans un délai de 30 jours.

Le *royaume des Pays-Bas* a répondu le 4 juillet 1989. Il a demandé à la Commission de faire preuve de compréhension. Il a expliqué qu'il s'agissait de mesures de protection temporaire destinées à permettre au Bedrijf de se réorganiser pour pouvoir s'adapter à l'évolution du marché. Il a assuré que la politique des Pays-Bas était d'aboutir à une suppression rapide du système de recours obligatoire aux moyens techniques du Bedrijf. Il a signalé que l'obligation en cause serait ramenée à 50 % pour le 1er janvier 1990 et à 0 % pour le 1er janvier 1991. Il a fait état cependant de difficultés politiques.

Le 17 novembre 1989, la *Commission* a introduit le présent recours en manquement.

2. *En ce qui concerne les conditions mises à la transmission de messages publicitaires contenus dans des programmes de radio ou de télévision émis à partir d'autres États membres*

Par lettre du 10 février 1988, la *Commission* a fait savoir aux autorités néerlandaises que les règles qui restreignaient la diffusion par câble aux Pays-Bas de programmes de radio et de télévision en provenance d'autres États membres étaient incompatibles avec l'article 59 du traité.

Selon la Commission, la mesure prise par le gouvernement néerlandais limiterait la possibilité pour les émetteurs des autres États membres de se procurer des revenus sur le marché néerlandais de la publicité et restreindrait, de façon discriminatoire, la libre circulation des programmes de radiodiffusion sonore et télévisée. En effet, par le biais des revenus de la STER qui leur sont finalement destinés, les émetteurs néerlandais profiteraient des bénéfices financiers découlant de la publicité destinée au public néerlandais, alors que les émetteurs des autres États membres n'auraient pas accès à cette source de revenus. En outre, les entreprises néerlandaises elles-mêmes verraient se réduire leurs possibilités de demander aux émetteurs d'autres États membres de diffuser des messages publicitaires destinés en particulier au public néerlandais.

Par ailleurs, les critères relatifs au contenu publicitaire produiraient un effet discriminatoire au détriment des programmes importés: ces derniers ne pourraient en effet être retransmis que si la législation du pays d'émission correspond à la législation néerlandaise.

Pour la Commission, le motif de la restriction litigieuse est purement économique. En réduisant l'accès des radiodiffuseurs des autres États membres au marché publicitaire néerlandais, la réglementation en cause protégerait les organismes de radiodiffusion néerlandais.

Le *gouvernement néerlandais* a répondu par lettre du 22 avril 1988.

Il a fait valoir que le fait de limiter la diffusion par câble de programmes d'autres États membres qui ne peuvent pas être captés directement et qui contiennent des messages publicitaires spécialement destinés au public néerlandais n'était pas incompatible avec les dispositions de l'article 59 du traité CEE.

Il a considéré en premier lieu que l'article 59 n'était pas applicable dans le cas d'espèce. Tout d'abord, il n'y aurait aucun aspect transfrontalier: la diffusion de messages publicitaires visée par l'article 66 de la Mediawet se cantonnerait à l'intérieur d'un seul État membre, les Pays-Bas. A l'appui de cette position, il a invoqué l'arrêt du 18 mars 1980, Debauve (52/79, Rec. p. 833). Ensuite, cette prestation de services échapperait à l'article 59 pour une autre raison: elle ne serait pas rémunérée. En effet, le spectateur ou l'auditeur néerlandais ne paierait aucune redevance à l'émetteur étranger.

En second lieu, pour le cas où l'article 59 serait considéré comme applicable, le gouvernement néerlandais a exposé que les dispositions incriminées étaient inspirées par des préoccupations d'intérêt général et n'avaient pas de caractère discriminatoire. Il s'est référé à cet égard à l'arrêt sur l'activité

des compagnies d'assurances du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (205/84, Rec. p. 3755). Le régime néerlandais imposerait aux organismes étrangers de radiodiffusion de se soumettre, dans une mesure limitée, aux conditions en vigueur aux Pays-Bas et, à défaut, de s'abstenir de toute publicité destinée spécialement au public néerlandais.

En troisième lieu, le gouvernement néerlandais a souligné que ces restrictions trouvaient également une justification dans la jurisprudence de la Cour, qui permet à un État membre de prendre des dispositions en vue d'empêcher tout usage abusif du droit à la libre prestation des services (arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299).

En quatrième lieu, le gouvernement néerlandais a fait valoir, pour le cas où les dispositions litigieuses seraient regardées comme discriminatoires, que cette discrimination se justifierait au regard des dispositions de l'article 56 du traité. Il a fait état, à cet égard, de l'arrêt du 11 juillet 1985, Cinéthèque (60/84 et 61/84, Rec. p. 1618), qui aurait reconnu que les objectifs de politique culturelle des États membres peuvent justifier certaines mesures restrictives, même si certains aspects économiques jouent également un rôle.

En cinquième lieu, il a soutenu que la réglementation répondait au critère de proportionnalité: elle ne serait pas plus restrictive qu'il n'est nécessaire et laisserait, dans tous les cas où il est possible de le faire, la plus grande liberté de diffuser des programmes étrangers.

La *Commission* a estimé que les explications fournies par le royaume des Pays-Bas sur ce chapitre n'étaient pas plus satisfaisantes que celles relatives au premier grief; elle a dès lors émis l'avis motivé du 27 janvier 1989, précité.

Dans cet avis, elle a estimé sans intérêt de revenir sur les arguments que les autorités néerlandaises avaient exposés dans leur réponse du 22 avril 1988, parce que, depuis lors, la Cour a reconnu dans son arrêt du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), le caractère transfrontalier des différents services qu'impliquent la radiodiffusion et l'aspect rémunératoire de ces prestations.

Pour le surplus, la Commission a développé des arguments qu'elle reprendra dans sa requête.

Dans sa réponse du 4 juillet 1989, le *gouvernement néerlandais* a signalé qu'eu égard à l'arrêt Bond van Adverteerders, précité, il avait décidé de tenir compte des objections de la Commission et de procéder à une adaptation de l'article 66 de la Mediawet. Cette adaptation viserait à supprimer les conditions imposées aux émetteurs étrangers, à savoir l'obligation de faire gérer la publicité par une personne morale indépendante, l'affectation obligatoire des revenus de la publicité et l'interdiction de poursuivre un but lucratif. Il a fait état cependant de difficultés politiques.

Le 17 novembre 1989, la *Commission* a introduit le présent recours en manquement.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Elle a cependant formulé une demande de

communication de pièces à l'égard du gouvernement néerlandais. Il a été répondu à cette demande dans le délai imparti.

## II — Conclusions des parties

La *Commission* conclut à ce que la Cour:

— constate que:

— en réservant à une entreprise néerlandaise tout ou partie des commandes émanant des organismes nationaux néerlandais de radiodiffusion et

— en restreignant la transmission aux Pays-Bas des programmes des autres États membres comportant de la publicité commerciale spécialement destinée au public néerlandais,

le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité CEE;

— condamne le royaume des Pays-Bas aux dépens.

Le *royaume des Pays-Bas* conclut à ce que la Cour:

— rejette le recours de la Commission tendant à faire constater que l'obligation faite aux organismes nationaux de radiodiffusion d'effectuer leurs commandes en totalité ou en partie auprès du Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf est incompatible avec l'article 59 du traité CEE:

— à titre principal, parce que l'obligation visée n'est pas incompatible avec l'article 59 du traité CEE,

— à titre subsidiaire, parce que la position privilégiée accordée au Bedrijf par le biais de l'obligation d'affectation litigieuse est justifiée eu égard à l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE;

— rejette le recours de la Commission concernant le régime contenu à l'article 66 relatif à la diffusion de programmes émis par un organisme de radiodiffusion étranger et contenant les messages publicitaires spécialement destinés au public néerlandais, parce que cette réglementation n'est pas incompatible avec l'article 59 du traité;

— condamne la Commission aux dépens.

## III — Arguments des parties

1. *En ce qui concerne l'obligation, absolue ou partielle, de recourir aux moyens techniques du Bedrijf pour la réalisation des programmes de radiodiffusion ou de télévision*

La *Commission* considère que le caractère provisoire de la situation actuelle ne permet pas au gouvernement néerlandais d'échapper aux rigueurs de l'article 59. Elle fait remarquer que la période transitoire organisée par le traité a expiré le 31 décembre 1969. Le législateur national ne serait donc pas auto-

risé à introduire un nouveau délai. La Commission estime dès lors que l'article 61 de la Mediawet doit être apprécié selon ses mérites propres, sans égard au caractère temporaire des obligations qu'il édicte.

Pour cette même raison, la circonstance que, sous l'empire de la législation précédente, l'obligation de faire réaliser les programmes télévisés par le Bedrijf était absolue alors que dans la Mediawet elle est limitée ne serait pas suffisante pour absoudre cette dernière.

La Commission souligne que l'article 61 de la Mediawet est discriminatoire. En réservant au Bedrijf la majorité des commandes concernant les émissions télévisées et la totalité de celles relatives aux émissions de radio, la Mediawet assurerait à un prestataire national la couverture d'une très grande partie des besoins nationaux. La Commission compare cette situation à la mesure irlandaise qui obligeait les importateurs de produits pétroliers de s'approvisionner en partie auprès d'une raffinerie installée sur le territoire national, mesure que la Cour a examinée dans son arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil (72/83, Rec. p. 2727). Bien que cette dernière affaire soit relative à la libre circulation des marchandises, la Commission estime qu'il convient de transposer aux prestations de services l'appréciation portée par la Cour: à savoir qu'une telle mesure « comporte un effet protecteur en faveur d'une production nationale et défavorise, dans la même mesure, les producteurs d'autres États membres ». La Commission estime de même qu'aux Pays-Bas l'obligation faite aux « omroepverenigingen » de s'adresser au Bedrijf restreint les possibilités pour les prestataires étrangers d'offrir leurs propres services.

L'importance de la concurrence est d'autant plus grande et cette restriction d'autant plus grave qu'aux Pays-Bas il n'y aurait, en dehors du Bedrijf, pratiquement pas d'entreprises qui pourraient offrir de tels services.

La Commission ajoute que des restrictions discriminatoires à la libre prestation des services ne peuvent être justifiées que pour les raisons énoncées à l'article 56 du traité et que celles-ci n'englobent pas la politique culturelle.

Dans l'arrêt du 30 avril 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), qui est invoqué par le gouvernement néerlandais, la Cour a certes considéré que les États membres peuvent, pour des considérations d'intérêt public de nature non économique, soustraire certaines activités économiques au jeu de la concurrence. Selon la Commission, cette référence est toutefois sans pertinence. En effet, l'intérêt général ne s'opposerait pas aux Pays-Bas à la concurrence en tant que telle, puisqu'une concurrence limitée est tout de même permise par la Mediawet.

La Commission ajoute qu'il n'y a aucun lien entre l'obligation en cause et l'intérêt qu'il y a à faire bénéficier le système de radiodiffusion de moyens techniques de qualité. Tout d'abord, si le Bedrijf avait des concurrents, l'offre de services aux organismes de radiodiffusion serait élargie. Ensuite, si les organismes de radiodiffusion ont réellement intérêt à s'adresser au Bedrijf, ils le feront sans obligation juridique. Il n'y aurait de sens à leur en faire l'obligation que s'il y a un risque qu'ils s'adressent ailleurs. L'obligation de recourir au Bedrijf n'aurait pas d'autre but que de maintenir cette entreprise en vie: elle ne serait dès lors pas d'intérêt général.

La circonstance que, par ailleurs, le Bedrijf aurait une mission culturelle en conservant une phonothèque, des archives filmiques ou un orchestre serait dénuée de pertinence, car ces activités seraient financées par l'État et pourraient, pour cette raison, continuer après la suppression de l'obligation visée à l'article 61.

Puisque, ainsi, aucun intérêt général ne serait servi par l'obligation en cause, c'est en vain que le gouvernement néerlandais invoquerait le caractère proportionné de cette obligation audit intérêt général et aux objectifs de la politique culturelle.

Le *gouvernement néerlandais* expose tout d'abord que la situation actuelle est provisoire, qu'elle est nécessitée par le souci d'assurer une transition harmonieuse entre l'ancien système, dans lequel les moyens techniques nécessaires à la réalisation de programmes de radiodiffusion appartenaient au secteur public, et un système dans lequel joueraient pleinement les règles du marché. Ce processus d'accession à l'autonomie du Bedrijf ne pourrait se réaliser d'une manière acceptable qu'à la condition qu'il soit étalé dans le temps: il conviendrait, d'une part, d'éviter la faillite de cette institution et des licenciements massifs et, d'autre part, de préserver les acquis culturels de la période précédente, tel le pluralisme de la société néerlandaise. Sans période transitoire, le Bedrijf aurait pu se heurter à de graves difficultés financières, n'excluant pas sa disparition, ce qui aurait empêché l'accès des organismes de radiodiffusion à ses moyens techniques et compromis la continuité du système.

Le gouvernement néerlandais déclare que cette période transitoire va prendre fin et qu'il a décidé de proposer aux états généraux de supprimer l'obligation inscrite à l'article 61 de la Mediawet avec effet au 1er janvier 1991, en ce qui concerne les émissions de télévision, et au 1er janvier 1992, en ce qui concerne les émissions de radio.

Il s'explique ensuite sur la compatibilité avec l'article 59 du traité des avantages qui sont concédés actuellement au Bedrijf. A la Commission, qui a fait valoir que la situation actuelle ne saurait être considérée comme période transitoire, au motif que celle-ci a expiré le 31 décembre 1969 en ce qui concerne l'article 59 du traité CEE, le gouvernement néerlandais réplique que ce point de vue méconnaît la situation de fait. La Mediawet devrait être comprise non comme un ensemble de mesures protectionnistes, mais comme un élément d'un processus de libéralisation progressive. Elle permettrait aux « omroepverenigingen » de satisfaire 25 % de leurs besoins en moyens techniques télévisuels sur le marché libre et commencerait par là déjà à donner une impulsion à ce marché.

Puisque ainsi cette obligation a un caractère temporaire, ce serait à tort que la Commission l'identifie à l'obligation irlandaise condamnée par la Cour dans l'arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil, précité. Celle-ci, qui imposait aux importateurs de produits pétroliers de s'approvisionner pour partie auprès d'une raffinerie nationale, avait un caractère permanent. Au demeurant, l'arrêt Campus Oil, précité, avait trait à la libre circulation des marchandises, et non à la libre prestation des services.

Le gouvernement néerlandais fait valoir par ailleurs que, selon une jurisprudence constante, des exceptions à l'article 59 sont légitimes lorsqu'elles trouvent leur justification dans l'intérêt général et qu'elles sont

appliquées de façon non discriminatoire (arrêt du 17 décembre 1981, Webb, point 17, 279/80, Rec. p. 3305).

L'intérêt général, qui engloberait la politique culturelle, exigerait le maintien d'un statut pluraliste et non commercial de l'audiovisuel. A ce propos, le gouvernement néerlandais se fonde sur l'arrêt du 11 juillet 1985, Cinéthèque, précité. Dans cet arrêt, la Cour aurait jugé que des restrictions à la commercialisation de films enregistrés sur vidéocassettes étaient admissibles, alors que ces restrictions ne poursuivaient pas d'autre objectif que celui d'encourager l'exploitation financière des films dans les salles de cinéma. Cet arrêt démontrerait d'abord que des objectifs de politique culturelle doivent être rangés parmi les intérêts qui peuvent justifier des mesures restrictives. Il en résulterait, en outre, que de telles mesures peuvent être de nature économique.

L'importance du Bedrijf dans la politique culturelle néerlandaise résiderait dans le fait qu'il met des moyens techniques à la disposition des « omroepverenigingen » à un coût surveillé par les pouvoirs publics.

Or, la survie du Bedrijf ne pourrait être assurée provisoirement par d'autres moyens que son monopole. C'est précisément l'intérêt général qui, dans de telles circonstances, rendrait les mesures transitoires nécessaires. D'autres mesures, tel un relèvement des redevances de radiodiffusion, seraient exclues, parce que l'intérêt général commanderait également de « maîtriser le montant de la redevance de radiodiffusion qui doit être payée par les citoyens néerlandais ».

En outre, le Bedrijf poursuivrait des tâches spécifiques d'intérêt général, telles que l'entretien d'une phonothèque, la conservation d'archives filmiques ou la direction d'un orchestre et de chœurs. Certes, ces tâches seraient entièrement financées par l'État, mais elles permettraient également la réalisation d'émissions de haute qualité. Il serait très difficile, dès lors, de les distinguer des tâches consistant à mettre des moyens techniques à la disposition des « omroepverenigingen ».

Pour ces raisons, le gouvernement néerlandais estime que l'obligation d'utiliser les moyens techniques du Bedrijf est proportionnée au but poursuivi.

A titre subsidiaire, le gouvernement néerlandais fait valoir que la position privilégiée du Bedrijf est justifiée par l'article 90 du traité CEE. Il se base sur l'arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, précité, pour affirmer que les États membres peuvent, pour des considérations d'intérêt public, non économiques, soustraire certaines activités économiques à la libre concurrence, telle la réalisation de programmes de radio et de télévision, en accordant à certaines entreprises un monopole.

Il en déduit que l'existence d'un monopole partiel au bénéfice d'une entreprise à laquelle un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas en tant que telle incompatible avec les dispositions du traité.

Dans le cas du Bedrijf, la soustraction de certaines activités à la libre concurrence serait justifiée par l'intérêt général. Le gouvernement néerlandais invoque à ce propos les mêmes raisons d'intérêt général qu'il avançait, à titre principal, pour justifier

les restrictions à la libre prestation des services: à savoir la continuité du système de radiodiffusion, le maintien du pluralisme dans les médias, l'intérêt pour les organismes de radiodiffusion d'avoir accès à des moyens techniques de qualité et l'accomplissement par le Bedrijf de tâches culturelles non rentables.

Selon le gouvernement néerlandais, c'est à tort que la Commission soutient que cette restriction de la concurrence a exclusivement pour but de prolonger la survie du Bedrijf.

De même, il contredit la Commission, lorsqu'elle considère qu'une soustraction simplement partielle de certains services au jeu de la concurrence démontrerait que l'intérêt général ne s'oppose pas à la concurrence. En effet, l'article 90 ne tolérerait pas seulement le monopole absolu, mais également les positions privilégiées partielles.

2. *En ce qui concerne les conditions mises à la transmission aux Pays-Bas de messages publicitaires contenus dans des programmes de radio ou de télévision émis à partir d'autres États membres*

Selon la *Commission*, les restrictions mises à la transmission par câble des programmes télévisés des autres États membres contenant de la publicité spécialement destinée au public néerlandais ne sont pas compatibles avec l'article 59 du traité CEE.

La Commission commence par distinguer les conditions imposées aux émetteurs (qui ne doivent pas poursuivre un but lucratif, ne peuvent procurer des profits à des tiers et doivent confier la gestion de la publicité à une personne morale indépendante) des conditions concernant la publicité (qui ne doit pas dépasser 5 % du temps d'antenne, doit être clairement identifiable et distincte du reste du programme et ne doit pas être diffusée le dimanche).

Les conditions relatives aux émetteurs étrangers pourraient apparaître identiques à celles imposées aux organismes nationaux de radiodiffusion. La Commission constate cependant que, en étendant aux émetteurs étrangers le système applicable aux émetteurs nationaux, la Mediawet rend impossible la tâche des premiers: ceux-ci ne pourraient diffuser leurs programmes que s'ils sont établis dans un État membre qui a calqué sa législation sur celle des Pays-Bas. La Commission estime qu'une fois assuré que le système national reflète adéquatement les courants de la société néerlandaise sans contamination publicitaire et garantit ainsi le pluralisme, tout programme étranger, quelle que soit la publicité qu'il contient, ne pourrait qu'enrichir le pluralisme dont bénéficie le public néerlandais. Dans cette même logique, à partir du moment où la publicité télévisée est admise aux Pays-Bas, elle devrait être ouverte également à des résidents d'autres États membres, sans que, en outre, on exige d'eux qu'ils renoncent à tout profit.

Les conditions relatives à la publicité seraient, quant à elles, indistinctement applicables. Il n'en demeure pas moins, selon la Commission, qu'elles devraient alors être justifiées par des considérations d'intérêt général, telles que celle de protéger le spectateur ou l'auditeur contre les excès de la publicité. Or, la Commission fait remarquer que ces conditions ne doivent plus être respectées lorsque la publicité n'est pas spécialement destinée au public néerlandais. La Commission en conclut qu'elles ne pour-

suivent d'autre but que de protéger le marché néerlandais de la publicité au profit du système national de radiodiffusion et contre la concurrence étrangère.

Enfin, la Commission relève les différences entre la présente affaire et celle qui a abouti à l'arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, précité, invoqué par le gouvernement néerlandais. Cette jurisprudence serait motivée par le souci de préserver l'applicabilité de règles professionnelles visant à protéger les destinataires du service. Elle viserait à assurer qu'un prestataire de services établi à l'étranger n'échappe pas aux règles imposées au prestataire établi, par exemple les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité. Aucun souci de ce genre ne serait à la base de l'article 66 de la Mediawet. L'interdiction de la Mediawet n'est pas limitée aux hypothèses retenues par la Cour. En outre, l'arrêt Van Binsbergen, précité, concernait un prestataire de services établi dans un État membre et dont l'activité était « entièrement ou principalement tournée vers le territoire d'un autre État membre ». Une telle situation ne se retrouverait pas dans le cas d'espèce: les émetteurs étrangers n'auraient pas pour but essentiel de briguer les faveurs du public néerlandais.

En synthèse, la Commission considère que les critères visés à l'article 66, paragraphe 1, sous b), de la Mediawet sont soit discriminatoires et ne relèvent pas de l'ordre public, soit exempts de caractère discriminatoire, mais injustifiables au regard de l'intérêt général. La Commission avance que les conditions de la Mediawet n'ont d'autre but que de fermer le marché néerlandais de la publicité audiovisuelle à la concurrence étrangère. La sauvegarde d'un objectif culturel ne pourrait passer par un tel moyen protectionniste.

Le *royaume des Pays-Bas* soutient que le recours doit être rejeté.

Il commence par comparer la Mediawet avec la législation qui l'a précédée, la Kabelregeling.

Il observe tout d'abord que la Mediawet a maintenu les principes fondamentaux du système néerlandais de radiodiffusion qui, tout comme la presse écrite quotidienne, serait le garant de la liberté d'expression en même temps que de l'identité culturelle néerlandaise. Il explique que la politique néerlandaise a pour but de permettre aux différents courants sociaux, culturels, religieux et spirituels existant aux Pays-Bas de s'exprimer. Ce système s'opposerait à ce que l'accès aux médias soit fonction de considérations commerciales. C'est à cette fin que la Mediawet imposerait aux organismes de radiodiffusion des conditions spécifiques (nombre de membres, programmes offerts, interdiction de toute publicité...).

En ce qui concerne la transmission de programmes de radiodiffusion étrangers et l'utilisation des réseaux de télédistribution, le gouvernement néerlandais relève des différences entre la Mediawet et la Kabelregeling. Au contraire de la Kabelregeling, la Mediawet n'édicte pas d'interdiction de sous-titrage. Elle a également abandonné l'interdiction absolue de diffusion de programmes contenant de la publicité s'adressant spécialement au public néerlandais. Elle autoriserait dorénavant les gérants de réseau de télédistribution à transmettre des programmes publicitaires de ce type, pour autant que les conditions prévues à l'article 66 de la Mediawet soient réunies. Ces conditions seraient destinées à garantir les objectifs du système néerlandais: elles reviendraient à imposer aux émetteurs

étrangers les exigences les plus essentielles du système néerlandais.

Le gouvernement néerlandais observe ainsi que les prescriptions de l'article 66, paragraphe 1, sous b), deuxième phrase, de la Mediawet s'appliquent tout autant aux organismes néerlandais de radiodiffusion. Il souligne que ces organismes sont, en outre, soumis à des conditions d'obtention de temps d'antenne et de composition de programmes qui ne sont pas imposées aux organismes étrangers.

Par conséquent, il conteste que les conditions cumulatives prévues par cet article puissent aboutir, en pratique, au même résultat qu'une interdiction absolue faite aux émetteurs étrangers de transmettre des programmes destinés au public néerlandais. A l'appui de son point de vue, il relève qu'un programme de télévision commerciale, RTL Véronique, et deux programmes de radios commerciales, Radio 10 et Sky Radio, qui émanent d'émetteurs étrangers, satisfont aux exigences de l'article 66 et sont transmis sans restriction par le câble aux Pays-Bas.

Il examine ensuite chacune des conditions prévues par la Mediawet.

En ce qui concerne la première exigence — à savoir que les messages publicitaires soient produits par une personne juridique distincte du producteur de programmes —, le gouvernement néerlandais fait valoir qu'elle vise à empêcher les producteurs de publicité d'influencer le contenu des programmes. Dans le système national, cet objectif serait à la base de la séparation opérée entre les organisations de radiodiffusion et la STER. Le gouvernement néerlandais n'exige pas que cette distinction soit prévue par la législation en vigueur dans l'État membre d'émission. Il suffirait que, dans l'entreprise de radiodiffusion concernée, le service rédactionnel et celui qui vend du temps d'antenne pour la publicité soient juridiquement distincts.

A propos de la deuxième exigence — à savoir que les messages publicitaires doivent être bien reconnaissables en tant que tels et bien distincts d'autres parties du programme —, le gouvernement néerlandais relève qu'elle se retrouve dans les articles 10 et 11 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 (JO L 298, p. 23) et dans les articles 13 et 14 de la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière. De même, l'interdiction d'émission de messages publicitaires le dimanche aurait été reconnue comme une exigence objective par la Cour dans l'arrêt du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, précité, point 37.

Ainsi également, la troisième exigence, relative au pourcentage maximal du temps d'antenne réservé à la publicité, serait une exigence objective mentionnée expressément par la Cour dans l'arrêt Bond van Adverteerders, précité, point 37.

La quatrième exigence — à savoir que les émetteurs étrangers ne procurent pas des profits à des tiers — serait, elle, destinée à garantir le caractère non commercial de la radiodiffusion. Elle empêcherait, en effet, que soient détournées des sommes qui doivent être affectées au fonctionnement de la radiodiffusion. Le gouvernement néerlandais affirme que cette exigence ne se rapporte pas « à la réalisation de bénéfices normaux par des tiers ».

Enfin, en ce qui concerne la condition ayant trait à l'affectation des recettes publicitaires, le gouvernement néerlandais déclare qu'elle a pour but d'« offrir aux émetteurs étrangers des possibilités au moins analogues à celles existant pour le système néerlandais ». Dans le système national, la plus grande partie des recettes de publicité de la STER couvrirait les frais de fonctionnement de la radiodiffusion et ce qui reste servirait à soutenir la presse écrite. Cette dernière affectation n'étant imposée que dans le système national des Pays-Bas, les émetteurs étrangers se trouveraient même en réalité avantagés.

Le gouvernement néerlandais rappelle que la Cour a considéré que, en raison de la nature particulière de certaines prestations de services, telle l'émission de messages télévisés, des exigences spécifiques justifiées par l'intérêt général seraient compatibles avec le traité, dès lors qu'elles s'imposent également à toute personne ou entreprise établie sur le territoire de l'État membre de réception (arrêt du 18 mars 1980, Debauve, précité).

Les États membres disposeraient en outre d'un large pouvoir en vue d'apprécier non seulement ce qui est indispensable ou souhaitable dans l'intérêt général, mais également les moyens les plus aptes à servir l'intérêt général. Selon le gouvernement néerlandais, l'intérêt général commanderait le maintien d'un système de radiodiffusion pluraliste et dépourvu de caractère commercial.

Ce gouvernement ajoute que, selon la jurisprudence constante de la Cour, un État membre est en droit de prendre des dispositions en vue d'empêcher que la liberté garantie par l'article 59 du traité CEE ne soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, et qui chercherait à se soustraire aux règles spécifiques qui lui seraient applicables s'il s'était établi sur le territoire de cet État (arrêts du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, précité; du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, précité; du 27 septembre 1989, Van de Bijl, 130/88, Rec. p. 3039).

Néanmoins, il termine en annonçant qu'il envisage de modifier l'article 66 de la Mediawet pour ne plus imposer des exigences particulières aux émetteurs étrangers qui insèrent dans leurs programmes des messages publicitaires destinés en particulier au public néerlandais. Il ajoute cependant que ce projet n'est nullement inspiré par le sentiment que l'article 66 actuel de la Mediawet est contraire au traité CEE.

## IV — Question posée par la Cour au gouvernement néerlandais

En réponse à la demande de la Cour, le gouvernement néerlandais lui a transmis le projet de loi sur la radiodiffusion commerciale qui a été déposé au parlement néerlandais le 18 mai 1990.

En ce qui concerne le stade où se trouve ce projet, le gouvernement néerlandais a apporté les précisions qui se trouvent relatées dans le rapport d'audience relatif à l'affaire Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-228/89).

R. Joliet
Juge rapporteur