CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 18 avril 1991 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Les présentes conclusions concernent deux procédures distinctes: un recours présenté par la Commission contre le royaume des Pays-Bas (affaire C-353/89) et un renvoi préjudiciel effectué par le Raad van State de La Haye (affaire C-288/89).

Dans les deux affaires sont soulevés des problèmes partiellement identiques concernant la conformité avec le droit communautaire de la réglementation néerlandaise relative à la production et à la diffusion de programmes radiophoniques et télévisés. Plus précisément, les questions qui font l'objet du renvoi préjudiciel concernent les conditions imposées par l'article 66 de la « Mediawet » [1] pour la retransmission de programmes, provenant d'autres États membres, qui contiennent une publicité spécialement destinée au public néerlandais; le recours direct présenté par la Commission concerne, outre les conditions visées à l'article 66, l'obligation, prévue par l'article 61 de la même Mediawet, pour les organismes de radiodiffusion de s'adresser en tout ou en partie à une entreprise nationale pour la réalisation de leurs programmes.

Des raisons d'économie nous incitent donc à présenter des conclusions uniques; nous traiterons ex professo l'affaire Commission/Pays-Bas, pour ensuite en faire découler également les réponses aux questions du juge a quo dans l'affaire C-288/89.

2. En ce qui concerne l'*affaire C-353/89*, la Commission demande à la Cour de constater que le royaume des Pays-Bas, en réservant à une entreprise nationale — en tout ou en partie — la réalisation de programmes pour les organismes nationaux de radiodiffusion et en imposant aux émetteurs étrangers certaines conditions pour la retransmission des programmes contenant une publicité spécialement destinée au public néerlandais, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité.

3. Comme nous l'avons déjà dit, les deux mesures contestées sont prévues par la Mediawet, loi entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Comme la loi précédente en la matière, cette loi s'inspire de l'intention de sauvegarder un système de radiodiffusion pluraliste et non commercial; c'est précisément en fonction de cet objectif que sont établies les principales règles sur lesquelles le système s'articule, en particulier celles concernant le droit d'émission et celles relatives à la publicité.

Afin de garantir une programmation qui reflète les différentes composantes politiques, sociales et religieuses de la société néerlandaise, le temps d'émission au niveau national est subdivisé pour la majeure partie

* Langue originale: l'italien.

1 — Loi du 21 avril 1987 portant réglementation du financement des programmes de radio et de télévision, de la redevance de l'audiovisuel et du soutien aux organes de presse (*Staatsblad n° 249 du 4. 6. 1987*).

entre les « omroepverenigingen » (ci-après « organismes nationaux de radiodiffusion »), associations d'auditeurs ou de téléspectateurs dotées de la personnalité juridique et composées d'au moins 150 000 membres. Un temps d'antenne limité (environ 8 %) est en outre attribué aux partis politiques, aux groupes religieux et aux minorités culturelles.

La coordination des programmes diffusés au niveau national et la réalisation d'émissions d'intérêt commun (par exemple le journal télévisé) sont assurées par la Nederlandse Omroep Stichting (fondation néerlandaise pour la diffusion de programmes radiophoniques et télévisés).

Les organismes nationaux de radiodiffusion ont, en principe, une grande liberté en ce qui concerne leurs émissions: ils peuvent acheter des programmes déjà réalisés, tant aux Pays-Bas que dans d'autres États, ou produire eux-mêmes leurs propres programmes.

Dans ce dernier cas, toutefois, ils sont tenus, en vertu de l'article 61 de la Mediawet, de recourir aux structures et aux moyens techniques (studios d'enregistrement, ateliers de décors, techniciens, orchestre, etc.) d'une société de droit néerlandais, le Nederlandse Omroepproduktie Bedrijf (ci-après « Bedrijf »), qui offre ses services à des prix contrôlés. L'obligation en question concerne la totalité des programmes radiophoniques et 75 % des programmes télévisés.

4. En outre, l'interdiction d'insérer dans leurs programmes des messages publicitaires provenant de tiers est imposée aux organismes de radiodiffusion. Le monopole de la diffusion de ces messages est en effet réservé à la Stichting Etherreclame (ci-après « STER »), organisme autonome par rapport aux titulaires du droit d'antenne. La STER se limite, en substance, à vendre les temps d'antenne publicitaires; les recettes qui en proviennent sont encaissées par l'État et sont utilisées pour subventionner les organismes de radiodiffusion et, dans une moindre mesure, la presse.

Aux Pays-Bas, la majeure partie des programmes ne peut être reçue qu'au moyen de la distribution par câble. Les distributeurs sont autorisés à transmettre des programmes étrangers. Toutefois, exception faite pour les cas dans lesquels ces programmes peuvent être captés au moyen d'une antenne individuelle, l'article 66 de la Mediawet n'en autorise la retransmission, s'ils contiennent une publicité spécialement destinée au public néerlandais, que si certaines conditions sont respectées.

Une première série de conditions concernent l'émetteur lui-même: il ne doit pas poursuivre un but lucratif; il ne peut pas procurer de profits à des tiers; il doit confier la gestion de la publicité à une personne juridique indépendante.

Les autres conditions concernent, par contre, les messages publicitaires: ils doivent être reconnaissables en tant que tels; ils ne peuvent pas excéder 5 % du temps d'antenne total ni être diffusés le dimanche.

Un message publicitaire est considéré comme destiné au public néerlandais s'il est « diffusé au cours ou immédiatement à la suite d'une partie de programme ou d'un ensemble cohérent de parties de

programmes comportant un sous-titrage néerlandais ou une partie de programme en langue néerlandaise ».

Venons-en maintenant aux deux griefs formulés par la Commission.

A — Sur la réserve en faveur du Bedrijf (article 61 de la Mediawet)

5. La Commission conteste la compatibilité de l'article 61 de la Mediawet avec l'article 59 du traité, en alléguant que cette disposition empêche les entreprises des autres États membres de fournir des services en ce qui concerne la réalisation de programmes radiophoniques et limite considérablement, à 25 %, la possibilité d'offrir des services pour la production de programmes télévisés.

Le gouvernement néerlandais fait valoir, tout d'abord, que l'obligation établie par la Mediawet est temporaire et découle du souci de garantir une transition harmonieuse de l'ancien système, dans lequel les moyens techniques appartenaient au secteur public et où l'obligation en question était absolue, vers un système dans lequel les règles du marché sont au contraire pleinement appliquées [2]. Selon le gouvernement défendeur, une période de transition se révèle indispensable pour éviter la faillite du Bedrijf et un grand nombre de licenciements, ainsi que pour préserver les expériences culturelles de la période précédente, et avant tout le pluralisme. Sans un régime transitoire, le Bedrijf aurait pu rencontrer de sérieuses difficultés financières, de nature à entraîner sa disparition, en empêchant ainsi l'accès des organismes de radiodiffusion à ses moyens techniques et en compromettant, par conséquent, la continuité du système.

En substance, et sous ce dernier point de vue, la défense du gouvernement néerlandais ne se fonde pas sur des arguments juridiques, mais se limite à faire observer l'inopportunité d'une procédure fondée sur l'article 169 dans un moment aussi délicat et, en conséquence, le manque de « compréhension » de la Commission.

A cet égard, il suffit de relever, avec la Commission, que le caractère provisoire de la situation actuelle ne peut pas justifier l'inobservation de l'interdiction visée à l'article 59.

6. Il s'ensuit que la compatibilité de l'article 61 de la Mediawet avec l'article 59 du traité doit être appréciée sans tenir compte du fait qu'il s'agit d'une situation temporaire.

A cet égard, le gouvernement néerlandais observe que la mesure contestée ne serait pas incompatible avec l'article 59; en effet, elle n'entraînerait aucune discrimination entre les entreprises néerlandaises autres que le Bedrijf et celles des autres États membres. En outre, les entreprises ou organismes ne travaillant pas au niveau national peuvent recourir aux moyens techniques de leur choix; et encore, en ce qui concerne la production de programmes télévisés, il est évidemment possible, dans la mesure de 25 %, de s'adresser à des entreprises d'autres États membres.

2 — Le gouvernement des Pays-Bas a en effet présenté au Parlement un projet de loi modifiant la Mediawet; sur la base de la modification proposée, l'obligation visée à l'article 61 est abolie à compter du 1er janvier 1991 pour les productions télévisées et à partir du 1er janvier 1992 pour les productions radiophoniques. Cette modification n'a pas encore été approuvée; toutefois, en ce qui concerne la production de programmes télévisés, elle est, en fait, déjà en vigueur puisque l'obligation en question a été fixée à 0 %.

La thèse du gouvernement défendeur ne peut pas être admise. En effet, il est indéniable que la règle en question favorise une entreprise nationale en lui garantissant la couverture de la majeure partie des besoins nationaux; elle limite donc considérablement, ou supprime carrément, la possibilité pour les entreprises des autres États membres d'offrir des services aux Pays-Bas [3]. Le fait, en outre, que la mesure en question défavorise de manière analogue les autres entreprises nationales ne peut pas être considéré comme susceptible de légitimer la restriction à l'égard des prestateurs de services des autres États membres.

En effet, une mesure nationale restrictive de la libre prestation des services, qui, comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, constitue une *liberté fondamentale* garantie par le traité, ne peut pas être considérée comme compatible avec l'article 59 du seul fait que ses effets restrictifs ne favorisent pas la totalité des entreprises nationales du type en question.

Nous sommes en effet convaincu qu'un tel raisonnement, qui a pourtant été suivi par la Cour dans un cas concernant la libre circulation des marchandises [4], est également valable pour la libre prestation des services. Le niveau désormais atteint par l'intégration communautaire ne permet pas de définir la portée de l'article 59 d'une manière différente et plus réduite que celle de l'article 30. Cela sans compter que la Cour, dans le récent arrêt « télécommunications » [5], a bien précisé que la portée de l'article 30 doit être définie en fonction d'un « système de concurrence non faussée », qui implique l'« égalité des chances entre les différents opérateurs économiques »: perspective qui — nous semble-t-il — ne peut pas être limitée aux seuls opérateurs qui échangent des marchandises.

7. Les considérations précédentes nous amènent à conclure que la réglementation néerlandaise en question présente un caractère discriminatoire et qu'il n'est donc pas possible de faire valoir des motifs éventuels d'intérêt général pour la justifier. Rappelons en effet que, sur la base d'une jurisprudence constante de la Cour, « des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services quelle qu'en soit l'origine et qui sont, dès lors, discriminatoires ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse » [6].

La seule dérogation susceptible d'application, dans le cas qui nous occupe, serait par conséquent celle prévue par l'article 56 du traité (à laquelle renvoie l'article 66), sur la base de laquelle d'éventuelles mesures discriminatoires doivent être justifiées par des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

Or, il ne nous semble pas que la défense du caractère pluraliste et non commercial du système de radiotélévision néerlandais puisse

3 — Rappelons à ce sujet l'arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil, point 16 (72/83, Rec. p. 2727), dans lequel la Cour, à propos d'une mesure nationale qui obligeait tous les importateurs à acheter à un fournisseur national un certain pourcentage de pétrole, a affirmé qu'une telle « obligation ... limite d'autant les possibilités d'importation de ce même produit; elle comporte donc un effet protecteur en faveur d'une production nationale et défavorise, dans la même mesure, les producteurs d'autres États membres ». La Cour a, par conséquent, affirmé son incompatibilité avec l'article 30.

4 — Arrêt du 20 mars 1990, Du Pont de Nemours, points 11 à 14 (C-21/88, Rec. p. I-889).

5 — Arrêt du 19 mars 1991, France/Commission, point 51 (C-202/88, Rec. p. I-1223).

6 — Arrêt du 26 avril 1988, Bond Van Adverteerders, point 32 (352/85, Rec. p. 2085).

entrer dans le champ d'application de l'article 56, ni, en particulier, qu'une telle finalité puisse être considérée comme un « motif d'ordre public », compte tenu de la jurisprudence restrictive de la Cour en la matière[7].

8. D'autre part, même si l'on voulait considérer que la mesure contestée n'est pas fondée sur des éléments de discrimination formels quant à la nationalité et que, par conséquent, les restrictions qui en découlent sont — en principe — justifiables par des motifs d'intérêt général, le résultat ne serait pas modifié.

En effet, bien que la protection de finalités de nature culturelle, telles que la défense du caractère pluraliste et non commercial[8] du système de radiotélévision néerlandais entre, en principe, parmi les motifs d'intérêt général[9], les exigences invoquées dans le cas d'espèce (liées à un tel intérêt) ne sont néanmoins pas de nature à justifier une dérogation à la libre prestation des services. A ce sujet, nous rappelons que, selon le gouvernement néerlandais, la mesure en question serait indispensable pour garantir l'accès des organismes de radiodiffusion à des instruments techniques de qualité et donc la continuité du système ainsi que l'accomplissement des tâches d'ordre culturel confiées au Bedrijf.

Étant donné que le gouvernement défendeur lui-même reconnaît que la mesure en question est « effectivement destinée à assurer la survivance du Bedrijf » (p. 5 du mémoire en réplique), nous relevons tout de suite qu'une telle « survivance » n'est pas nécessaire pour garantir le pluralisme et le caractère non commercial du système lui-même, ni les exigences spécifiques liées à la protection d'un tel objectif. A cet égard, il suffit d'observer que si les organismes nationaux de radiodiffusion estimaient convenable de s'adresser au Bedrijf pour pouvoir bénéficier d'instruments techniques de qualité à faible coût, ils le feraient même en l'absence d'une obligation juridique en ce sens; la réserve est donc, de ce point de vue, inutile. Quant au fait que des tâches d'ordre culturel (maintien de moyens matériels tels qu'orchestre, chœurs, phonothèque, archives filmiques) sont confiées au Bedrijf, nous convenons avec la Commission que l'exécution de ces tâches, étant financée intégralement par l'État, pourrait être maintenue même après l'abolition de l'obligation visée à l'article 61 de la Mediawet, si cela était légitime sous d'autres aspects.

Enfin, le fait même que la réserve en question ait en réalité été déjà abolie, au moins en ce qui concerne la production de programmes de télévision, montre que la survivance du Bedrijf n'est pas indispensable pour garantir le pluralisme du système néerlandais. D'autre part, l'affirmation du gouvernement néerlandais selon laquelle le Bedrijf serait réduit à la faillite, avec, en

7 — Nous rappelons en effet que la Cour a affirmé à plusieurs reprises que, puisque son application comporte une dérogation à un principe fondamental du traité [article 3, sous c)], la clause de l'article 56 doit être interprétée de manière restrictive et que son applicabilité exige une « menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (arrêt du 27 octobre 1977, Bouchereau, point 35, 30/77, Rec. p. 1999), ainsi que l'adoption de mesures proportionnées et strictement nécessaires par rapport aux intérêts que l'on veut sauvegarder (voir arrêt du 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille, point 9, 115/81 et 116/81, Rec. p. 1665).

8 — Nous précisons à cet égard que le caractère non commercial d'un système de radiotélévision ne peut de toute manière pas être considéré en lui-même comme une exigence impérative de nature à justifier une restriction à la libre prestation des services; il n'est au contraire qu'un instrument pour garantir le pluralisme. En conséquence, ce caractère ne peut justifier de restrictions que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre un objectif digne de protection au niveau communautaire, comme précisément un but de politique culturelle visant à assurer le pluralisme.

9 — Voir par exemple arrêt du 26 février 1991, Commission/Italie, point 20 (C-180/89, Rec. p. I-709), dans lequel la Cour a reconnu que « l'intérêt général lié à la ... conservation du patrimoine historique et artistique national (peut) constituer une raison impérative justifiant une restriction à la libre prestation de services ».

conséquence la perte de 3 000 emplois, si la réserve en question était abolie sans aucune transition confirme que la mesure en question est étroitement liée à des considérations de caractère économique.

9. Le gouvernement néerlandais fait valoir, à titre subsidiaire, que le régime instauré par l'article 61 de la Mediawet serait autorisé par l'article 90, paragraphe 1, du traité, disposition qui se fonderait précisément sur le présupposé de la légalité de l'existence d'entreprises titulaires de droits spéciaux et exclusifs.

Nous nous limitons à relever à ce propos, sans qu'il soit nécessaire de constater si, et dans quelle mesure, la réserve en faveur du Bedrijf constitue un droit exclusif ou un droit spécial, que dans l'arrêt « télécommunications » [10], précité, la Cour a justement affirmé que, même si l'article 90 « présuppose l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux et exclusifs, il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux et exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité. Cela dépend des différentes règles auxquelles l'article 90, paragraphe 1, renvoie ».

En substance, la Cour a interprété l'article 90, paragraphe 1, comme une règle de renvoi; ce qui implique, dans le cas d'espèce, que la vérification de la compatibilité de l'article 61 de la Mediawet avec le traité doit être effectuée en liaison avec l'article 59, dans la mesure où cette règle prévoit la possibilité de déroger au principe de la libre prestation des services.

10 — Arrêt du 19 mars 1991, C-202/88, précité, point 22.

Or, comme nous l'avons déjà constaté, la réserve en faveur du Bedrijf n'est justifiable ni sur la base des dérogations visées à l'article 56 du traité ni sur la base d'exigences impératives ou, si l'on préfère une terminologie différente de celle relative à l'article 30, de motifs d'intérêt général. En conséquence, la mesure en question est incompatible avec l'article 59 du traité.

B — Sur les conditions visées à l'article 66

10. L'article 66 de la Mediawet autorise la retransmission de programmes étrangers contenant une publicité spécialement destinée au public néerlandais s'ils satisfont à une série de conditions, également imposées aux organismes nationaux de radiodiffusion. Si ces conditions ne sont pas satisfaites cumulativement, les programmes étrangers ne peuvent être retransmis que s'ils ne contiennent pas une publicité spécifiquement adressée au public néerlandais.

Nous rappelons que trois des six conditions en question concernent les émetteurs eux-mêmes (ne pas avoir un but lucratif, ne pas procurer de profits à des tiers, confier la gestion de la publicité à une personne juridique indépendante) et les trois autres sont relatives aux messages publicitaires (ils ne peuvent pas excéder 5 % du temps d'émission, ils doivent être clairement reconnaissables et distincts du reste du programme, et ils ne peuvent pas être transmis le dimanche).

Cela dit, nous estimons opportun, avant de passer à la vérification de la compatibilité de ces conditions avec l'article 59 du traité, de formuler quelques observations de caractère général à propos des restrictions à la libre

circulation des services découlant de l'application de mesures indistinctement applicables.

11. Nous observons en premier lieu que l'article 59, premier alinéa, n'interdit pas uniquement les discriminations fondées sur la nationalité, mais, d'une manière plus générale, les « *restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté ... à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation* ». Ajoutons que les dispositions qui prévoient un régime spécial pour les ressortissants « étrangers » ne sont applicables que lorsqu'elles sont « justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » (article 56 rappelé par l'article 66).

12. Comme nous l'avons déjà fait ressortir au début, par la terminologie utilisée et par sa teneur, un tel système correspond dans une large mesure à celui de la libre circulation des marchandises, avec interdiction de toutes les restrictions (articles 30 à 34) et avec les dérogations prévues par l'article 36; par conséquent, à notre avis, comme c'est le cas pour la libre circulation des marchandises, d'éventuelles restrictions à la libre prestation des services — même non discriminatoires — sont en principe incompatibles avec l'article 59 [11].

11 — Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Jacobs dans l'affaire C-76/90, Säger, présentées à l'audience du 21 février 1991 (arrêt du 25 juillet 1991, Rec. p. I-4221, I-4229), ainsi que les conclusions de l'avocat général M. Lenz dans les arrêts « guides touristiques » du 26 février 1991, Commission/France, Commission/Italie et Commission/Grèce (C-154/89, Rec. p. I-659; C-180/89, Rec. p. I-709; C-198/89, Rec. p. I-727). Des considérations intéressantes à cet égard sont en outre contenues dans les conclusions de l'avocat général M. Van Gerven dans l'affaire C-340/89, Vlassopoulou, présentées à l'audience du 28 novembre 1990 (arrêt du 7 mai 1991, Rec. p. I-2357, I-2365), conclusions concernant toutefois un cas de droit d'établissement.

La jurisprudence de la Cour, tout au moins in abstracto, ne semble pas démentir une telle conclusion. En effet, nous rappelons que la Cour a affirmé, dès l'arrêt Van Binsbergen [12], que les articles 59 et 60 relatifs à la libre prestation des services sont devenus directement applicables à partir de la date d'expiration de la période de transition et que « *leur applicabilité n'est pas subordonnée à l'harmonisation ou à la coordination des législations des États membres* » [13].

Elle a en outre précisé que les articles 59 et 60 « exigent non seulement l'abolition de toute discrimination à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction à la libre prestation de services imposée au motif que le prestataire est établi dans un État membre différent de celui où la prestation est fournie » [14]. Et elle a ajouté que, « en particulier, l'État membre ne peut subordonner l'exécution de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions destinées à assurer la libre prestation de services » [15].

13. La portée de la libre prestation des services est donc définie, tout au moins dans l'abstrait, en termes très larges. En particulier, il résulte à l'évidence des affirmations que nous venons de reproduire que l'interdiction de discriminations fondées sur la nationalité ne joue pas un rôle absolu et décisif comme dans le cas du droit d'établissement. En réalité, compte tenu du fait que le « franchissement des frontières » ne

12 — Arrêt du 3 décembre 1974, 33/74, Rec. p. 1299.

13 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, point 25 (205/84, Rec. p. 3755).

14 — Arrêt Commission/Allemagne, précité, point 25, ainsi qu'arrêt du 26 février 1991, Commission/Italie, point 15 (C-180/89, Rec. p. I-709).

15 — Arrêt Commission/Italie, précité, point 15.

s'accompagne pas, dans le cas de la prestation des services, d'un établissement stable, le principe du traitement national risquerait de se traduire par des restrictions excessives par rapport à cette caractéristique de la prestation des services. En effet, en imposant aux étrangers, malgré ce qui précède, les mêmes conditions que celles requises pour les ressortissants et qui présupposent un lien stable avec l'État, ce dernier finirait en substance par rendre vains la liberté en question et son caractère spécifique même, par rapport au droit d'établissement [16].

Il est vrai que la Cour elle-même a introduit des limitations importantes à la vaste portée de l'interdiction visée à l'article 59, en considérant comme légitimes les limitations qui frappent de la même manière les ressortissants et les étrangers « communautaires », dès lors que celles-ci découlent de l'application de règles nationales établies pour protéger des intérêts généraux, et par conséquent obligatoires pour tous.

14. La Cour a cependant insisté sur le caractère exceptionnel des possibilités de dérogation, en affirmant, à cet égard, que la libre prestation des services, en tant que principe fondamental du traité, peut être limitée uniquement:

— par des réglementations justifiées par l'intérêt général et s'appliquant (indistinctement) à toute personne ou entreprise qui exerce une activité sur le territoire de l'État destinataire;

— dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi;

— enfin, si ces exigences sont objectivement nécessaires, c'est-à-dire à condition que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes [17].

Venons-en maintenant à l'examen des conditions imposées par la Mediawet; pour des raisons de systématique, nous traiterons en premier lieu celles qui concernent les émetteurs et ensuite celles relatives aux messages publicitaires.

— *Conditions concernant les émetteurs*

15. La Commission soutient que, en étendant aux émetteurs étrangers le système applicable aux émetteurs nationaux, la Mediawet rend en fait impossible la retransmission des programmes d'émetteurs étrangers aux Pays-Bas, bien entendu lorsqu'ils contiennent une publicité destinée spécialement au public néerlandais. Et cela essentiellement parce que, pour pouvoir satisfaire à ces conditions, les émetteurs étrangers devraient être établis dans des États ayant une réglementation modelée sur celle qui est en vigueur aux Pays-Bas.

En réalité, bien qu'elles soient, sur le plan formel, indistinctement applicables, les

16 — Ainsi Tizzano: « La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali », *Professioni e servizi nella CEE* (coordonné par Tizzano), Padoue, 1985, p. 20 et suiv.

17 — En liaison avec les trois conditions citées, voir arrêts du 18 janvier 1979, Van Vesemael, 110/78 et 111/78, Rec. p. 35; du 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3320; du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, précité, points 27 et 29, ainsi que, en dernier lieu, du 26 février 1991, Commission/Italie, précité, points 17 et 18.

mesures en question se révèlent, en raison de leur nature même, discriminatoires en fait. Les autres États membres n'ayant pas un système de radiotélévision analogue à celui en vigueur aux Pays-Bas, il s'ensuit en effet que les émetteurs étrangers ne pourront pas de toute façon se trouver dans la même situation que les émetteurs nationaux. La discrimination « matérielle » découle, en substance, du traitement identique de situations qui en fait ne sont pas comparables.

16. A cet égard, il faut souligner que, sur la base de la jurisprudence de la Cour, sont interdites « non seulement les dicriminations ouvertes fondées sur la nationalité du prestataire, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, bien que fondées sur des critères en apparence neutres, aboutissent en fait au même résultat » [18].

Or, les conditions imposées par la Mediawet aux émetteurs étrangers semblent constituer un cas typique de discrimination dissimulée. En tout cas, elles ne peuvent pas raisonnablement être considérées comme justifiées par des raisons d'intérêt général. En effet, ces conditions finissent par rendre pratiquement impossible la retransmission de programmes provenant d'autres États membres, sans toutefois avoir aucune incidence sur la finalité que le gouvernement néerlandais déclare vouloir poursuivre: protection du pluralisme et du caractère non commercial du système de radiotélévision.

17. En réalité, imposer aux émetteurs étrangers de ne pas procurer de profits à des tiers, dans le but d'éviter, selon ce que le gouvernement néerlandais affirme, que des sommes destinées autrement au financement de la radiodiffusion soient détournées, ainsi qu'exiger que ces émetteurs n'aient pas un but lucratif, et donc que les ressources publicitaires soient destinées exclusivement au financement de la radiodiffusion dans le but d'« offrir aux émetteurs étrangers des possibilités au moins semblables à celles qui existent pour le système néerlandais » (p. 24 du mémoire en défense), n'a pas de sens par rapport à l'objectif poursuivi. En effet, il est évident que le respect (ou le non-respect) des conditions précitées n'a aucun effet sur le système de radiotélévision néerlandais en tant que tel.

En fait, les conditions en question ne concernent pas le contenu des programmes; la vérité est qu'en empêchant les émetteurs étrangers de pénétrer dans le marché publicitaire néerlandais elles empêchent qu'une partie des revenus publicitaires soit soustraite à la STER. Or, dans la mesure où l'on voudrait soutenir que ces recettes constituent une source de financement des organismes nationaux de radiodiffusion et contribuent par conséquent à assurer, de ce point de vue, le pluralisme du système en question, nous nous limitons à observer qu'il s'agit d'un objectif éminemment économique et de toute manière excessif par rapport au but poursuivi, surtout si l'on tient compte du fait que la part de financement que l'on peut considérer comme provenant des ressources de la STER ne constitue qu'une partie limitée par rapport à la totalité du financement public.

Quant à la condition selon laquelle les messages publicitaires doivent être produits par une personne juridique distincte de l'émetteur lui-même, la thèse du gouvernement néerlandais est que, par cette condition, on veut empêcher que la publicité

18 — Arrêt du 3 février 1982, Seco/Evi, point 8 (62/81 et 63/81, Rec. p. 223).

puisse exercer une influence sur le contenu des programmes: elle viserait donc à assurer la protection des consommateurs à l'égard de la qualité de ces programmes. Toutefois, le même gouvernement affirme qu'il ne demande pas qu'une telle distinction soit effectuée par la réglementation en vigueur de l'État membre d'émission. En revanche, il serait suffisant que, dans l'entreprise de radiodiffusion intéressée, l'office de rédaction et celui qui vend des espaces publicitaires soient juridiquement distincts; en d'autres termes, même et seulement une « fiction » serait de nature à satisfaire l'exigence voulue par le gouvernement néerlandais. Il va de soi qu'une telle hypothèse ne peut pas être considérée comme apte à garantir que la publicité n'exerce pas d'influence sur les programmes.

18. En définitive, les conditions imposées par la Mediawet aux émetteurs étrangers ne peuvent bénéficier d'aucune dérogation à la libre prestation des services: elles sont donc incompatibles avec l'article 59 du traité.

— *Conditions concernant les messages publicitaires*

19. Quant aux conditions établies par la Mediawet en matière de publicité, nous relevons en premier lieu qu'il s'agit de mesures indistinctement applicables tant sur le plan formel que, en principe, sur le fond, donc de *restrictions non discriminatoires.*

Cela dit, nous rappelons que la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les restrictions imposées en matière de publicité télévisée dans l'arrêt Debauve [19] et dans l'arrêt Bond Van Adverteerders [20], en établissant en substance que, aussi longtemps que les dispositions nationales qui régissent cette matière n'auront pas fait l'objet d'harmonisation, les restrictions non discriminatoires doivent être considérées comme compatibles avec le traité.

Dans l'arrêt Debauve, la Cour a en effet déclaré que, « compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, telles que l'émission et la transmission de messages télévisés, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires, qui seraient justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise établie sur le territoire (d'un) État membre, dans la mesure où le prestataire établi dans un autre État membre n'y serait pas soumis à des prescriptions similaires » (point 12).

En réalité, la Cour est partie de la constatation que la majeure partie des États membres impose des limitations de portée différente aux émissions de messages publicitaires: limitations qui vont de l'interdiction absolue à l'imposition de restrictions quant à leur contenu, aux heures, à la durée et aux modalités des émissions elles-mêmes; limitations déterminées par le fait que les États poursuivent, dans le secteur en question, des finalités de caractère général. La Cour est ainsi parvenue à la conclusion que, « compte tenu des considérations d'intérêt général inhérentes aux réglementations limitatives en cette matière, l'application des législations en cause ne saurait être considérée comme

19 — Arrêt du 18 mai 1980, 52/79, Rec. p. 833.

20 — Nous rappelons que par cet arrêt la Cour a statué sur l'interprétation de l'article 59 du traité par rapport à l'article 4 de la Kabelregeling, règle remplacée précisément par l'article 66 de la Mediawet pour les aspects qui revêtent de l'importance ici.

constituant une restriction à la libre prestation de services, pour autant que ces législations traitent de façon identique toutes prestations en la matière, quelle qu'en soit l'origine et quelle que soit la nationalité ou le lieu d'établissement des prestataires » (point 13).

Une telle conclusion est substantiellement confirmée par l'arrêt Bond Van Adverteerders, dans lequel la Cour a déclaré incompatible avec l'article 59 l'article 4 de la Kabelregeling en ce qui concerne l'interdiction imposée aux émetteurs étrangers de transmettre de la publicité destinée spécialement au public néerlandais et de sous-titrer en néerlandais les programmes retransmis dans les Pays-Bas, mais elle a également confirmé que les interdictions imposées par un État pour des raisons d'intérêt général (en l'espèce des exigences de politique culturelle) ne sont pas par elles-mêmes incompatibles avec le traité pourvu qu'elles n'aient pas un caractère discriminatoire et une portée disproportionnée par rapport aux objectifs qu'elles se fixent.

20. En définitive, il résulte de la jurisprudence en la matière qu'aussi longtemps que les législations nationales concernant la radiodiffusion ne seront pas harmonisées [21] la libre prestation des services, directement garantie par le traité, comprendra uniquement l'interdiction de limiter les messages télévisés de manière plus restrictive que pour la publicité télévisée nationale.

21 — Nous rappelons à cet égard que 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), entrera en vigueur le 3 octobre 1991.

Nous ajoutons que, dans l'arrêt Bond Van Adverteerders, la Cour a qualifié de « limitations objectives ... l'interdiction de publicité pour certains produits ou certains jours, et la limitation de la durée ou de la fréquence des messages » [22].

En substance, par conséquent, la Cour a considéré comme justifiées par l'intérêt général les restrictions découlant de l'application de certaines conditions concernant les messages publicitaires; et c'est précisément la conformité de ces conditions avec l'article 59 du traité qui est contestée par la Commission dans le présent recours.

21. La Commission soutient en effet que le fait que ces conditions ne doivent pas ou de toute façon ne peuvent pas être respectées lorsqu'il s'agit de publicité non spécialement destinée au public néerlandais impliquerait qu'elles ne sont pas établies dans l'intérêt général, par exemple la protection du spectateur ou de l'auditeur contre les excès de publicité.

Une telle argumentation est contestée par le gouvernement néerlandais qui soutient que de toute façon les auditeurs et les téléspectateurs qui suivent des programmes étrangers représentent un faible pourcentage, et que par conséquent il suffit de garantir que les programmes en langue néerlandaise ou sous-titrés en néerlandais respectent les conditions imposées.

Par contre, de l'avis de la Commission, l'unique finalité du gouvernement néerlandais serait de protéger le marché néerlandais

22 — Arrêt 26 avril 1988, précité, point 37.

de la publicité au bénéfice du système national de radiodiffusion et contre la concurrence étrangère.

22. Nous observons à ce sujet que, tout bien considéré, une législation telle que celle en question est de nature à rendre de toute manière plus onéreux et plus difficile pour les émetteurs étrangers de transmettre des programmes contenant une publicité spécifiquement destinée au public néerlandais, ne serait-ce que parce qu'ils doivent réadapter leurs programmes pour respecter les conditions en question. En d'autres termes, des conditions telles que la limite de 5 % et l'interdiction de transmettre de la publicité le dimanche se résolvent, en fait, en un régime particulier pour les émetteurs des autres États membres, dans la mesure où, dans leur cas seulement, il est nécessaire de supprimer une partie des programmes.

Les conditions en question sont donc de nature à faire obstacle en fait principalement à l'activité des émetteurs étrangers et constituent une restriction à la libre circulation des services, dans le secteur considéré. Nous avons donc quelques doutes que, de ce point de vue, il s'agisse de conditions qui puissent certainement être considérées comme « objectives », la différence avec les trois conditions déjà examinées étant plus apparente que réelle.

23. Cela dit, nous ne pouvons cependant pas passer sous silence le fait qu'une telle restriction est justifiable sur la base d'exigences liées à l'intérêt général, telles que précisément la protection du consommateur, que la Cour elle-même a plusieurs fois prise en considération comme exigence digne de protection dans le secteur des services [23].

Or, dans le cas d'espèce, il est évident que les mesures contestées s'appliquent de manière non discriminatoire aux émetteurs nationaux et aux émetteurs étrangers et ne sont pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi (en effet, il n'est pas démontré que le résultat voulu par les autorités néerlandaises puisse être obtenu par des règles moins contraignantes).

Certes, de cette manière, c'est la loi de l'État de réception du message qui s'impose au lieu de celle de l'État d'émission, comme cela devrait par contre se produire dans un régime de libéralisation tel que celui préfiguré par le traité et, en termes généraux, par la Cour elle-même.

Toutefois, cette circonstance montre simplement que la libre prestation des services, de même que la liberté de circulation des marchandises elle-même, tout en constituant une liberté fondamentale garantie par le traité, doit être conciliée (en l'absence d'harmonisation au niveau communautaire) avec des impératifs qui ne sont pas moins « fondamentaux », dans le cas d'espèce, la protection du consommateur.

24. En définitive, les conditions imposées par l'article 66 de la Mediawet, relatives aux messages publicitaires, tout en constituant une restriction de fait à la libre circulation des services, sont compatibles avec l'article 59, dans la mesure où elles sont justifiées par la poursuite d'un intérêt général digne de protection: celle du consommateur.

23 — Voir en dernier lieu arrêt du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, précité, point 33, ainsi que l'arrêt du 26 février 1991, Commission/Italie, précité, point 20.

25. A la lumière des considérations qui précèdent, nous concluons donc en proposant à la Cour:

— de déclarer que le royaume des Pays-Bas, en réservant à une entreprise nationale — en tout ou en partie — la réalisation de programmes pour les organismes nationaux de radiodiffusion et en imposant aux émetteurs étrangers, pour la retransmission des programmes contenant une publicité spécialement destinée au public néerlandais, de ne pas poursuivre un but lucratif, de ne pas procurer des profits à des tiers et de confier la gestion de la publicité à une personne juridique indépendante, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 59 du traité;

— de rejeter le recours en ce qui concerne les autres griefs;

— de condamner la défenderesse aux dépens.

26. En ce qui concerne l'affaire C-288/89, nous concluons en proposant à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées par le Raad van State de La Haye:

« 1) Des restrictions à la libre circulation des services imposées par une réglementation nationale indistinctement applicable ne sont compatibles avec l'article 59 que si elles sont justifiées par des exigences impératives inhérentes à l'intérêt général et si ces exigences ne peuvent pas être satisfaites par des conditions moins restrictives.

2) La poursuite d'un but de politique culturelle, tel que la conservation d'un système de diffusion pluraliste, peut, en principe, constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre prestation des services.

3) L'article 59 du traité doit être interprété en ce sens qu'il fait obstacle à l'application d'une réglementation nationale, même indistinctement applicable, telle que l'article 66 de la Mediawet, qui subordonne la diffusion par câble de programmes provenant d'autres États membres et contenant une publicité spécialement destinée au public national à la condition que l'émetteur ne poursuive pas un but lucratif, ne procure pas de profits à des tiers et que la publicité soit gérée par une personne juridique indépendante de l'émetteur; tandis que, en l'absence d'harmonisation, la condition de ne transmettre les messages publicitaires que s'ils sont reconnaissables comme tels et qu'en outre leur transmission ne dépasse 5 % du temps d'émission et n'ait pas lieu le dimanche est justifiée par des exigences impératives liées à des intérêts généraux. »