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

présentées le 17 septembre 1996 *

1. Les présentes affaires, qui ont été déférées à titre préjudiciel par le marknadsdomstolen, Stockholm, concernent la compatibilité avec le droit communautaire de restrictions imposées par le droit suédois sur la publicité télévisée.

2. Les procédures au principal dans les trois affaires ont trait à des demandes adressées au marknadsdomstolen par le Konsumentombudsmannen (l'Ombudsman des consommateurs) tendant à ce qu'il soit fait interdiction aux sociétés défenderesses de se livrer à certaines pratiques publicitaires.

3. Les affaires portent sur des messages publicitaires télévisés qui seraient contraires aux interdictions frappant en droit suédois (dans la première affaire) des messages publicitaires télévisés visant à capter l'attention des enfants de moins de 12 ans et (dans toutes les affaires) des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ou des commerçants. Les publicités dont il s'agit sont apparues sur différentes chaînes télévisées en Suède, certaines étant diffusées depuis le Royaume-Uni et d'autres à partir du territoire suédois.

Le droit national

4. L'article 2 de la loi suédoise sur les pratiques commerciales [1] dispose que, si, lors de la commercialisation d'un produit, d'un service ou de tout autre bien, un opérateur économique se livre à une publicité ou à tout autre acte qui soit contraire à la morale des affaires ou présente un caractère déloyal envers les consommateurs ou d'autres opérateurs économiques, celui-ci peut se voir interdire par le marknadsdomstolen de continuer d'agir de la sorte ou de se livrer à des pratiques analogues.

5. Cette disposition s'applique également expressément aux émissions de télévision retransmises par satellite au sein de l'Espace économique européen.

6. Au cas où un commerçant omettrait de fournir dans sa publicité des informations pertinentes pour les consommateurs, l'article 3 de la loi suédoise sur les pratiques

* Langue originale: l'anglais.

1 — 1975: 1418. Il a été indiqué à l'audience que cette loi a été remplacée, avec effet au 1er janvier 1996, par une nouvelle loi sur les pratiques commerciales, dont les dispositions pertinentes sont restées substantiellement les mêmes.

commerciales autorise le marknadsdomstolen, inter alia, à ordonner au commerçant de fournir une telle information dans sa publicité.

7. Dans le préambule de la loi sur les pratiques commerciales, il est indiqué que cette loi est applicable à toutes les pratiques commerciales destinées au public suédois même si elles se présentent, par exemple, sous forme de publicités produites à l'étranger mais distribuées, depuis l'étranger, à des destinataires en Suède.

8. L'article 11 de la Radiolagen (la loi suédoise sur la radiodiffusion) [2] dispose qu'un message publicitaire diffusé au cours d'une pause à caractère commercial à la télévision ne peut pas viser à capter l'attention d'enfants de moins de 12 ans. Il ressort des observations du gouvernement suédois que cette interdiction s'étend à la télévision par câble [3] et aux diffusions par satellite [4]. Le fait que la loi suédoise sur la radiodiffusion ne soit pas directement applicable aux émissions télévisées diffusées à partir d'un État autre que la Suède paraît admis par l'ensemble des parties.

9. Dans sa jurisprudence, le marknadsdomstolen a établi les principes suivant lesquels

a) toute pratique commerciale contraire à des dispositions légales impératives peut être considérée comme déloyale au sens de la loi sur les pratiques commerciales et

b) la publicité trompeuse est normalement considérée comme déloyale au sens de cette loi.

10. Il apparaît que le marknadsdomstolen a compétence pour statuer dans des litiges en application d'un certain nombre de lois, y compris la loi sur les pratiques commerciales, mais non la loi sur la radiodiffusion. C'est à notre sens pour cette raison que l'action déclenchée par l'Ombudsman des consommateurs dans la première de ces affaires a été fondée sur le caractère déloyal des publicités au sens de la loi sur les pratiques commerciales en tant qu'elles sont contraires à l'interdiction visée dans la loi sur la radiodiffusion, plutôt que sur la loi sur la radiodiffusion elle-même. L'Ombudsman des consommateurs soutient en outre que les missions publicitaires diffusées à partir du territoire du Royaume-Uni sont déloyales au sens de cette loi, alors même qu'il est apparemment admis que la loi sur la radiodiffusion ne s'applique directement qu'aux émissions publicitaires diffusées à partir de la Suède.

Les faits et les questions préjudicielles

11. La première affaire concerne la diffusion télévisée d'un message publicitaire concernant un magazine pour enfants sur les dino-

2 — 1966: 755.
3 — 1991: 2027.
4 — 1992: 1356.

saures. L'Ombudsman des consommateurs demande au marknadsdomstolen, conformément à la loi sur les pratiques commerciales, a) d'interdire à l'éditeur du magazine de commercialiser son produit de manière à capter l'attention d'enfants de moins de 12 ans ou b), subsidiairement, d'ordonner à l'éditeur d'indiquer clairement dans ses publicités le prix de la série entière, soit 18 numéros, et de lui interdire de suggérer dans ses publicités que l'on peut se procurer l'ensemble des éléments d'une maquette de dinosaure fluorescente pour le prix d'un seul numéro au lieu du prix de la série tout entière.

12. La deuxième affaire concerne la diffusion télévisée d'une émission publicitaire pour des produits de soins de la peau. L'Ombudsman des consommateurs demande au marknadsdomstolen, conformément à la loi sur les pratiques commerciales,

a) d'interdire à l'annonceur, dans le cadre de la commercialisation des produits de soins de la peau,

i) de faire des déclarations au sujet des effets de ces produits sur la peau sans pouvoir, au moment de la commercialisation, étayer toutes ces affirmations;

ii) d'affirmer que les produits ont des effets curatifs ou thérapeutiques alors que les produits n'ont pas été autorisés en tant que médicaments homologués;

iii) de laisser entendre que les acheteurs recevront gratuitement des articles additionnels alors que le produit n'est habituellement pas vendu au même prix que celui qui est indiqué dans la publicité en question;

iv) de se livrer à des comparaisons de prix si l'annonceur n'est pas en mesure de démontrer que la comparaison porte sur des produits identiques ou analogues; et

v) d'indiquer que, pour recevoir certains produits additionnels, le consommateur doit passer sa commande dans les 20 minutes ou dans un délai du même ordre, et

b) d'ordonner à l'annonceur d'indiquer clairement les frais supplémentaires de port, de paiement à la livraison, etc.

13. La troisième affaire concerne la diffusion télévisée d'une émission publicitaire concernant des détergents. L'Ombudsman des consommateurs demande au marksnadsdomstolen, conformément à la loi sur les pratiques commerciales, d'interdire à l'annonceur de a) faire des déclarations non susceptibles d'être démontrées concernant l'efficacité des produits et leur effet sur l'environnement et b) d'employer des formules imprécises suggérant que le produit présente des avantages pour l'environnement.

14. Dans toutes les affaires, la publicité télévisée était retransmise en Suède par satellite à partir du Royaume-Uni et montrée

sur la chaîne TV3. La publicité était parallèlement diffusée, dans chacune des affaires, sur une chaîne intérieure (TV4 dans la première affaire, Homeshopping Channel dans les deuxième et troisième affaires) sans avoir été préalablement diffusée à partir d'un autre État membre; toutefois ce n'est que dans la première affaire que la Cour est invitée à examiner la compatibilité avec le droit communautaire de restrictions que l'on tente d'imposer à l'encontre d'un annonceur dans le cadre d'une diffusion intérieure.

15. TV3 est une société établie au Royaume-Uni. Elle diffuse des programmes télévisés par satellite à partir du Royaume-Uni et à destination du Danemark, de la Suède et de la Norvège. Il apparaît des observations de la société défenderesse dans les deuxième et troisième affaires que le signal retransmis par satellite peut être réceptionné soit directement par les téléspectateurs à l'aide d'une antenne parabolique ou par des sociétés de télédistribution qui les retransmettent ensuite par câble aux téléspectateurs. Bien que ce soit les mêmes signaux vidéo qui soient diffusés dans tous les pays récepteurs, les destinataires reçoivent les signaux sonores dans la langue de la région concernée.

16. La société défenderesse dans la première affaire, De Agostini (Svenska) Förlag AB (ci-après « De Agostini »), est une société suédoise faisant partie d'un groupe italien, Istituto Geografico De Agostini, qui compte plusieurs sociétés réparties dans plusieurs pays européens. Les activités du groupe résident principalement dans l'édition, y compris la publication de magazines dans différentes langues européennes. Le magazine pour enfants dont il s'agit est décrit par De Agostini comme un magazine encyclopédique sur les dinosaures. Il est publié par séries, chacune se composant de plusieurs numéros. Avec chaque numéro on obtient un élément de la maquette: lorsque l'ensemble de la série a été acheté, toutes les parties du modèle auront été réunies. Le magazine, qui est publié dans plusieurs langues, a été lancé dans de nombreux États membres depuis ses débuts en 1993, apparemment à chaque fois par le truchement d'une filiale locale du groupe De Agostini. Il apparaît que toutes les versions linguistiques du magazine sont imprimées en Italie.

17. Avant d'être montrée sur TV3 en septembre 1993, la publicité en cause dans la première affaire avait déjà été montrée dans différentes versions linguistiques dans tous les États membres de la Communauté européenne à l'époque, sauf la Grèce, où il n'a été lancé qu'en janvier 1995 et où il a apparemment depuis fait l'objet d'une campagne publicitaire. Nulle part, à l'exception du Royaume-Uni, il n'a été suggéré que cette publicité pouvait entrer en conflit avec la législation nationale. Au Royaume-Uni, l'Independent Television Commission a contrôlé la publicité et n'y a pas trouvé matière à objection.

18. La société défenderesse dans les deuxième et troisième affaires, TV-Shop i Sverige AB (ci-après « TV-Shop »), est une société suédoise appartenant à un groupe international comprenant des filiales établies en Europe (tant dans les États membres que dans les États non membres) et au-delà. L'activité de TV-Shop réside dans le télémarketing et la vente par téléphone de produits

importés: les clients potentiels commandent des produits par téléphone après les avoir vus en démonstration à la télévision, et ils reçoivent leurs achats par la poste. La principale forme de télémarketing utilisée — et apparemment la forme en cause dans les procédures au principal — consiste dans la diffusion d'« informercials », programmes introduits par un présentateur, avec quelquefois la collaboration de célébrités, et impliquant des démonstrations de produits, des interviews de consommateurs satisfaits, etc.

19. De Agostini et TV-Shop soutiennent, pour l'essentiel, que les interdictions prévues en droit suédois sont contraires aux articles 30 et 59 du traité CE et à 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 [5] (ci-après la « directive télévision »).

20. Les ordonnances de renvoi avaient été à l'origine déposées devant la Cour de l'AELE sous la forme de demandes d'avis consultatif adressées à cette juridiction le 30 août 1994 par le marknadsdomstolen. Ces demandes ont été retirées après l'adhésion de la Suède à l'Union européenne le 1er janvier 1995. Par ordonnances du 7 février 1995, le marksnadsdomstolen a sollicité une décision à titre préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes sur la question de savoir si l'article 30 ou l'article 59 du traité ou la directive télévision i) (dans toutes les affaires) fait obstacle à ce qu'un État membre prenne des mesures à l'égard d'une publicité télévisée diffusée par un annonceur à partir d'un autre État membre ou ii) (dans la première affaire) fait obstacle à l'application d'une loi nationale interdisant la publicité visant les enfants.

21. On peut observer que la Cour AELE a rendu un avis dans deux affaires jointes concernant la Norvège portées devant cette juridiction au titre de la directive télévision et des articles 11 et 13 de l'accord sur l'Espace économique européen, qui sont les équivalents des articles 30 et 59 du traité [6]. Ces affaires sont analogues à l'affaire C-34/95, De Agostini, étant donné qu'elles concernent une interdiction norvégienne à l'encontre de publicités télévisées visant de manière spécifique les enfants. La Cour AELE a estimé que la directive s'opposait à l'interdiction faite à un annonceur de montrer une publicité contenue dans un programme télévisé d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi dans un autre État de l'Espace économique européen si une telle mesure d'interdiction était la conséquence d'une interdiction générale prévue en droit national en ce qui concerne les messages publicitaires spécialement destinés aux enfants [7]. A l'audience des présentes affaires, l'agent du gouvernement norvégien (lequel a présenté des observations écrites en application de l'article 20 du statut de la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que l'interdiction norvégienne n'avait pas été mise à exécution depuis ce jugement.

5 — JO L 298, p. 23.

6 — Affaires jointes E-8/94 et E-9/94 Forbrukerombudet/Mattel Scandinavia et Lego Norge, jugement du 16 juin 1995.

7 — Paragraphe 57 et dispositif du jugement.

La directive télévision

22. Le principal objectif de la directive télévision (fréquemment dénommée « directive télévision sans frontières »), adoptée sur la base des articles 57, paragraphe 2, et 66 du traité, est de faciliter la libre circulation des émissions de télévision au sein de la Communauté. Elle cherche essentiellement à atteindre cet objectif par la définition de normes minimales que les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un État membre sont tenus de respecter, et en interdisant de façon générale aux États membres de soumettre les organismes de radiodiffusion télévisuelle d'autres États membres à tout contrôle supplémentaire avant la réception ou la retransmission.

23. Le préambule dispose comme suit:

« ... il est nécessaire et suffisant que toutes les émissions respectent la législation de l'État membre dont elles émanent [8];

... il est nécessaire, dans le cadre du marché commun, que toutes les émissions émanant de la Communauté et destinées à être captées à l'intérieur de celle-ci, et notamment les émissions destinées à un autre État membre, respectent la législation de l'État membre d'origine applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre, ainsi que les dispositions de la présente directive [9];

... l'obligation de l'État membre d'origine de s'assurer que des émissions sont conformes à la législation nationale telle que coordonnée par la présente directive est suffisante, au regard du droit communautaire, pour garantir la libre circulation des émissions sans qu'un second contrôle pour les mêmes motifs soit nécessaire dans les États membres de réception [10];

... la présente directive, en se limitant à une réglementation visant spécifiquement la radiodiffusion télévisuelle, ne préjuge pas les actes communautaires d'harmonisation en vigueur ou futurs ayant notamment pour objet de faire respecter les impératifs concernant la défense des consommateurs, la loyauté des transactions commerciales et la concurrence [11];

... 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

8 — Douzième considérant.

9 — Quatorzième considérant.

10 — Quinzième considérant.

11 — Dix-septième considérant.

certains cas, des conditions différentes pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence [12];

... il est en outre nécessaire de prévoir des règles pour la protection de l'épanouissement physique, mental et moral des mineurs dans des programmes et dans la publicité télévisée [13] ».

24. L'article 1er, sous a), de la directive définit la « radiodiffusion télévisuelle » comme l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public.

25. L'article 1er, sous b), définit les « publicités télévisées » comme « toute forme de message télévisé contre rémunération ou paiement similaire par une entreprise publique ou privée dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture, contre paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations.

Sauf pour les fins visées par l'article 18, cela n'inclut pas les offres directes au public en vue de la vente, de l'achat ou de la location de produits ou en vue de la fourniture de services contre rémunération [14] ».

26. La pierre angulaire de la structure envisagée par la directive est le « principe de l'État de transmission ». Ce principe, élégamment énoncé au douzième considérant (précité), est exposé à l'article 2 lequel, pour autant qu'il importe en l'espèce, prévoit ce qui suit:

« 1. Chaque État veille à ce que toutes les émissions de radiodiffusion télévisuelle transmises:

— par des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence

...

respectent le droit applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre.

2. Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres

12 — Vingt-septième considérant.

13 — Trente-deuxième considérant.

14 — L'article 18 concerne le temps de transmission autorisé pour la publicité et n'est pas pertinent au regard des présentes affaires.

États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive... »

27. La seule exception à ce principe envisagée par la directive a trait à des violations répétées manifestes et particulièrement graves de l'article 22, qui vise essentiellement à protéger les mineurs de l'étalage de programmes comportant des scènes de pornographie ou de violence gratuite, ou dont le contenu comporte une offense à leur égard et que cette disposition précise. Bien qu'aucune des situations décrites dans cette dernière disposition ne soit pertinente en l'espèce, le fait que ce ne soit que dans des circonstances tout à fait spécifiques et extrêmes qu'un État membre est autorisé par la directive à suspendre la retransmission d'émissions diffusées à partir d'un autre État membre démontre l'importance du principe de l'État de transmission dans l'économie de la directive.

28. L'article 3, paragraphe 1 (qui est malheureusement traduit de façon incorrecte dans la version anglaise de la directive), permet aux États membres de prévoir, en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence, des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la directive. L'article 3, paragraphe 2, fait obligation aux États membres de veiller au respect, par les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence, des dispositions de la directive.

29. La directive contient en son chapitre IV des dispositions détaillées concernant la publicité télévisée et le parrainage; certaines de ces dispositions seront mentionnées ci-après. L'article 16, qui concerne la protection des mineurs, dispose comme suit:

« La publicité télévisée ne doit pas porter un préjudice moral ou physique aux mineurs et doit, de ce fait, respecter les critères suivants pour leur protection:

a) elle ne doit pas inciter directement les mineurs à l'achat d'un produit ou d'un service, en exploitant leur inexpérience ou leur crédulité;

b) elle ne doit pas inciter directement les mineurs à persuader leurs parents ou des tiers d'acheter les produits ou les services concernés;

c) elle ne doit pas exploiter la confiance particulière que les mineurs ont dans leurs parents, leurs enseignants ou d'autres personnes;

d) elle ne doit pas, sans motif, présenter des mineurs en situation dangereuse. »

30. On rappellera que dans les trois affaires la juridiction nationale demande si, inter alia, la directive télévision fait obstacle à ce qu'un État membre prenne des mesures à l'égard d'une publicité télévisée diffusée à partir d'un autre État membre. Au surplus, dans l'affaire De Agostini, la juridiction nationale demande si, inter alia, cette directive exclut l'application d'une loi nationale interdisant la publicité visant les enfants. Il apparaît de l'ordonnance de renvoi que cette dernière question a trait spécifiquement aux émissions publicitaires diffusées sur la chaîne intérieure TV4. Nous considérerons tout d'abord la question précédente, qui a trait aux émissions publicitaires diffusées à partir du Royaume-Uni sur TV3.

31. Avant d'aborder la question spécifique de savoir si l'article 2, paragraphe 2, de la directive télévision interdit à un État membre d'entraver la retransmission, sur son territoire, d'émissions du type de celles présentement en cause, nous nous proposons d'examiner trois arguments soulevés par différentes parties et visant à faire constater que la directive télévision n'est en tout cas pas applicable dans les circonstances des présentes affaires.

L'argument suivant lequel TV3 est une chaîne suédoise

32. Premièrement, l'Ombudsman des consommateurs soutient en substance que TV3 doit être en pratique considérée, à l'image de TV4, comme une chaîne de télévision suédoise, motif pris de ce que a) tous ses programmes montrés en Suède sont produits en Suède; b) tous les programmes sont doublés ou sous-titrés en suédois; c) les présentateurs parlent tous le suédois et d) les messages publicitaires sont exclusivement conçus pour le marché suédois, vu la langue dans laquelle ils sont élaborés ainsi que les produits qui sont commercialisés (il y a toutefois lieu de noter que cette proposition finale entre directement en conflit avec les explications fournies par De Agostini et TV-Shop à propos de leur stratégie commerciale).

33. Pour autant que cela concerne la directive télévision, l'Ombudsman des consommateurs cherche, semble-t-il, à soutenir que la Suède a la faculté d'établir des règles plus strictes, en ce qui concerne TV3, que celles exposées dans la directive en arguant de ce que, pour les raisons énoncées ci-dessus, TV3 relève de sa compétence au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive.

34. Cette proposition, à notre sens, ne résiste pas à l'analyse. Pour les raisons indiquées par la Cour dans l'affaire Commission/Royaume-Uni [15] en ce qui concerne la signification du même terme visé à l'article 2, paragraphe 1, de la directive télévision, nous considérons que l'État membre ayant compétence sur un organisme de radiodiffusion

15 — Arrêt du 10 septembre 1996 (C-222/94, Rec. p. I-4025, points 35 à 42); voir également les points 32 à 75 des conclusions de l'avocat général M. Lenz.

télévisuelle est l'État membre sur le territoire duquel cet organisme est établi. Puisque TV3 est établie au Royaume-Uni, elle relève de la juridiction de cet État pour les besoins de la directive. On peut noter que l'interprétation soutenue par le Royaume-Uni et rejetée en l'espèce par la Cour, suivant laquelle les termes « organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence » doivent être entendus en ce sens qu'ils se réfèreraient aux organismes de radiodiffusion télévisuelle qui diffusent leurs programmes télévisés à partir d'installations situées sur le territoire de l'État membre en question, ne serait en tout état de cause d'aucun secours pour l'Ombudsman des consommateurs dans la présente affaire, puisque la publicité télévisée en cause a été diffusée à partir du Royaume-Uni.

L'argument suivant lequel la directive télévision ne s'étend pas aux annonceurs

35. Deuxièmement, l'Ombudsman des consommateurs et les gouvernements suédois, finlandais et norvégien soutiennent que la directive en général et le principe de l'État de transmission en particulier s'étendent uniquement au comportement des organismes de radiodiffusion télévisuelle mais non à celui des annonceurs, de sorte que la directive n'empêche pas l'État membre de prendre, comme en l'espèce, des mesures à l'encontre d'un annonceur, relatives au comportement des émissions de publicité télévisée diffusées à partir d'un autre État membre.

36. A notre sens, cet argument ne tient pas pour un certain nombre de raisons.

37. Le principe de l'État de transmission serait sérieusement miné dans son objet comme dans ses effets si la directive devait être tenue pour inapplicable aux annonceurs: l'État de réception serait libre d'entraver les émissions publicitaires diffusées à partir d'un autre État membre, ce qui par hypothèse entraverait « la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle » en violation de l'article 2, paragraphe 2.

38. En outre, une inapplicabilité aux annonceurs ne serait pas cohérente avec la directive, étant donné que cette dernière contient de nombreuses règles quant à la forme et au contenu des publicités télévisées.

39. Enfin, si l'on admettait que l'activité de diffusion était intrinsèquement distincte d'activités accessoires telles que la publicité, la voie serait ouverte aux États membres pour élaborer des mesures législatives qui ne s'appliquent qu'aux producteurs, annonceurs, sponsors, etc., ce qui aurait pour effet de brider les activités de diffusion dans leur globalité sans aucune contravention formelle de la directive. Une telle interprétation ne saurait être conforme aux objectifs de la directive ni aux intentions du législateur.

L'argument suivant lequel la jurisprudence Van Binsbergen serait d'application

40. Le troisième principal argument invoqué par l'Ombudsman des consommateurs et les gouvernements suédois, finlandais, norvégien et belge, à l'appui de la thèse suivant laquelle la directive ne serait pas applicable en l'espèce, consiste en substance à dire qu'elle ne s'applique pas aux publicités diffusées au cours d'émissions télévisées visant spécifiquement l'État de réception et destinées uniquement à ce dernier.

41. Cet argument est basé sur la jurisprudence Van Binsbergen [16] dans laquelle la Cour a pour la première fois formulé le principe suivant lequel un État membre est en droit de prendre des mesures en vue d'empêcher un prestataire de services dont l'activité est entièrement ou principalement dirigée vers son territoire d'exercer la liberté de prestations de services dans le but d'éluder la législation applicable dans l'État de destination.

42. La Cour a récemment (bien que par rapport à des faits antérieurs à la date requise de transposition de la directive télévision en droit national) appliqué ce principe au secteur de la radiodiffusion télévisuelle dans les arrêts Veronica Omroep Organisatie [17] et TV10 [18].

43. Dans l'arrêt Veronica Omroep Organisatie, la Cour a confirmé la validité d'une législation nationale interdisant à des organismes de diffusion télévisuelle nationaux d'aider à la création de sociétés commerciales de radio et de télévision à l'étranger, dans le but d'y prester des services à destination de l'État légiférant en observant que cette législation aboutissait précisément à empêcher que, à la faveur de l'exercice des libertés garanties par le traité, ces organismes puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale, relatives au contenu pluraliste et non commercial des programmes [19].

44. Dans l'arrêt TV10, la Cour a jugé que les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'un État membre assimile à un organisme de radiodiffusion national un organisme de radiodiffusion constitué selon la législation d'un autre État membre et établi dans cet État, mais dont les activités sont entièrement ou principalement tournées vers le territoire du premier État membre, lorsque cet établissement a eu lieu en vue de permettre à cet organisme de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables, au cas où il serait établi sur le territoire du premier État [20].

45. On peut voir dans le principe de l'arrêt Van Binsbergen une simple application du principe général de l'abus des droits, reconnu dans la plupart des systèmes juridiques. En

16 — Arrêt du 3 décembre 1974 (33/74, Rec. p. 1299).
17 — Arrêt du 3 février 1993 (C-148/91, Rec. p. I-487).
18 — Arrêt du 5 octobre 1994 (C-23/93, Rec. p. I-4795).
19 — Point 13.
20 — Point 2 du dispositif de l'arrêt.

tant que tel, on pourrait s'attendre à ce qu'il demeure susceptible d'application dans le secteur de la diffusion télévisuelle en dépit de la mise en œuvre de la directive télévision, et l'avocat général M. Lenz a récemment adopté ce point de vue [21]. Toutefois, comme l'avocat général l'a lui-même précisé, cette proposition ne saurait recevoir d'acception trop large: on ne doit pas perdre de vue que, en tant qu'exception à l'une des libertés constituant le marché intérieur, le champ d'intervention que ce principe confère à l'État membre de réception doit être interprété de façon restrictive [22]. Bien que laissant ouverte, dans son arrêt Commission/Belgique, la question de savoir si le principe demeurait applicable dans le domaine des émissions télévisées, la Cour a jugé qu'il n'autorisait pas en tout état de cause un État membre à exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres, car cela reviendrait à supprimer la libre prestation de services [23].

46. Permettre que l'on invoque ce principe dans une affaire telle qu'en l'espèce, dans laquelle les intérêts protégés par les règles dont on prétend qu'elles sont contournées entrent dans le champ d'application de la directive, minerait en outre fondamentalement le principe de l'État de transmission, qui constitue lui-même l'expression première de l'objectif de la directive, qui est d'abolir les obstacles à la libre circulation des services en vue de l'instauration du marché intérieur [24]. C'est vraisemblablement pour cette raison que la directive ne contient pas de dispositions telles que celles de l'article 16 de la convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 (qui a, pour une large part, servi de modèle au chapitre IV de la directive, consacré à la publicité télévisée et au parrainage) prévoyant expressément que les messages publicitaires « dirigés spécifiquement et fréquemment vers l'audience d'une seule partie autre que la partie de transmission ne doivent pas contourner les règles relatives à la publicité dans cette partie ». La position de la Commission selon laquelle cette omission était délibérée a récemment été reprise par l'avocat général M. Lenz, qui souligne, dans ses conclusions dans l'affaire Commission/Royaume-Uni [25], qu'une disposition telle que l'article 16 aurait été inappropriée au sein de règles servant à l'instauration du marché intérieur. La position de la Commission concorde en outre avec la solution du jugement récemment rendu par la Cour de l'AELE dans les affaires norvégiennes, mentionnées ci-dessus [26].

47. Il n'y a rien, en tout état de cause, qui suggère en l'espèce que TV3 s'est effectivement établie au Royaume-Uni en vue d'éluder les règles suédoises en question. On ne peut pas déduire du simple fait qu'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi dans un État membre diffuse des émissions destinées à être reçues dans un autre État membre que l'organisme en question cherche à éluder la législation applicable dans l'État membre de réception. Le radiodif-

21 — Voir paragraphe 74 de ses conclusions dans l'affaire C-11/95 (arrêt du 10 septembre 1996, Commission/Belgique, Rec. p. I-4115, I-4117).

22 — Ibidem, paragraphe 75.

23 — Point 65 de l'arrêt.

24 — Voir le deuxième considérant du préambule.

25 — Citée en note 15; voir paragraphe 55 des conclusions.

26 — Citées en note 6; paragraphes 51 à 53 du jugement.

fuseur doit avoir agi *wrongfully* [27] ou *improperly* [28] pour que le principe de l'arrêt Van Binsbergen s'applique. Ce point de vue est conforté par le fait que la directive elle-même indique, au quatorzième considérant de son préambule, que « toutes les émissions émanant de la Communauté et destinées à un autre État membre respectent la législation de l'État membre d'origine applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre »: un État membre ne peut donc présumer que toutes les émissions diffusées par des organismes de radiodiffusion télévisuelle destinées spécifiquement à son public constituent pour cette seule raison un abus [29]. La charge de la preuve de cet abus pèse en outre sur l'État membre qui tente de se prévaloir de cette exception [30].

48. De surcroît, le fait que dans les présentes affaires les émissions de TV3 ont été, ainsi qu'il ressort des observations des parties, diffusées (quoique avec des signaux linguistiques différents) vers le Danemark et la Norvège aussi bien que vers la Suède laisse à penser que l'application du principe — destiné à éviter que puisse se prévaloir du droit communautaire un prestataire de services dont l'activité est entièrement ou principalement dirigée vers l'État membre qui entend l'invoquer — n'est pas appropriée.

49. Enfin, nous examinerons un argument soulevé par TV-Shop consistant à dire que le principe Van Binsbergen ne peut être invoqué qu'au cas où les législations en question — à savoir la législation que l'on cherche à éluder et la législation à laquelle est soumis l'organisme qui élude — sont sensiblement différentes. Étant donné que les règles ayant trait à la publicité télévisée sont en gros similaires en Suède et en Angleterre, TV-Shop soutient que l'application du principe est sans objet.

50. Il est évident que, lorsque les législations en question sont identiques au regard de leur objet et de leur finalité, l'application de ce principe est en pratique sans objet puisqu'il n'y aurait rien à gagner à éluder un système législatif pour en choisir un autre. L'application de ce principe a, par hypothèse, un objet lorsque les différences de législation sont suffisantes pour justifier l'établissement d'une entreprise dans un autre État membre, dans le seul but d'exploiter ces différences. Il ne serait ni souhaitable ni praticable, selon nous, d'établir une règle générale quant au degré de similitude requis, du point de vue juridique, pour exclure ou pour déclencher l'application du principe.

27 — Arrêt TV10, cité en note 18, point 21. Le terme français est peut être plus fort (« de manière abusive »). Il apparaît toutefois qu'il n'y a pas d'adverbe équivalent en néerlandais, qui est la langue de procédure.

28 — Arrêt Veronica Omroep Organisatie, cité en note 17, point 13: le terme français est « abusivement »; là encore, on ne trouve aucun équivalent en néerlandais, qui était la langue de procédure.

29 — Voir paragraphe 74 des conclusions de l'avocat général M. Lenz dans l'affaire Commission/Belgique, citée en note 21. Voir en outre l'analyse de l'avocat général M. Lenz dans l'affaire TV10, citée en note 18 (paragraphes 62 à 68 de ses conclusions), quant aux critères pertinents aux fins de la constatation d'un contournement de législation commis par une personne morale.

30 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz dans l'affaire Commission/Belgique, citée en note 21, paragraphe 75.

51. L'effet cumulatif des arguments mis en avant dans les points qui précèdent est suffisant, selon nous, pour réfuter en l'espèce tout argument fondé sur la jurisprudence Van Binsbergen.

52. Nous ne sommes, en tout état de cause, pas convaincu que ce principe, même s'il s'appliquait, serait d'un quelconque secours pour ceux qui l'invoqueraient en l'espèce. Un élément en l'occurrence distinctif réside dans le fait que, contrairement à la jurisprudence Veronica Omroep Organisatie et TV10, la mise à exécution de la mesure présentement en cause est recherchée non contre TV3, le prestataire de services établi dans un autre État membre, mais contre l'annonceur qui, lui, est manifestement établi en Suède. Pour être applicable dans les circonstances de l'espèce, le principe de l'affaire Van Binsbergen devrait faire l'objet d'une nouvelle extension. En outre, toute tentative de soutenir que l'annonceur cherchait à utiliser une entreprise établie dans un autre État membre dans le seul but d'éluder sa propre législation nationale serait certainement vouée à l'échec étant donné que les publicités en cause étaient également diffusées sur des chaînes nationales (TV4 dans De Agostini et Homeshopping Channel dans TV-Shop).

53. Nous ne sommes donc convaincu par aucun des arguments généraux visant à démontrer que la directive télévision n'est pas applicable dans les circonstances des présentes espèces. Nous envisagerons à présent la question spécifique, déférée par la juridiction de renvoi, de savoir si cette directive empêche un État membre de prendre des mesures à l'encontre de publicités télévisées diffusées à partir d'un autre État membre. La réponse à cette question est, à notre sens, dans toutes les affaires présentement examinées, que la directive télévision empêche effectivement un État membre de prendre de telles mesures.

54. L'article 2, paragraphe 2, de la directive, ci-dessus exposé, interdit aux États membres d'entraver la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la directive. La réponse à la question de la juridiction nationale dépend dès lors du point de savoir si la réglementation des publicités du type de celle présentement en cause relève de ces domaines. L'affaire De Agostini concerne essentiellement la publicité visant les enfants; au surplus, les conclusions présentées à titre subsidiaire par l'Ombudsman des consommateurs apparaissent fondées sur la prémisse que la publicité est en partie trompeuse et, partant, contraire à la loi suédoise sur les pratiques commerciales. Dans l'affaire TV-Shop, le motif qui sous-tend la demande visant à ordonner l'interdiction, dans le chef de l'annonceur, de lancer certaines affirmations ou suggestions contenues dans ses messages publicitaires apparaît être que ces publicités sont trompeuses et, dès lors, contraires à la loi sur les pratiques commerciales. Nous considérerons les deux types de publicité séparément.

Publicité visant les enfants

55. L'Ombudsman des consommateurs et les gouvernements suédois, finlandais, norvégien et grec tentent de justifier l'entrave aux transmissions en cause dans l'affaire De Agostini au motif qu'elle tend à protéger les enfants de la publicité télévisée.

56. Selon nous, un tel objectif — pour louable qu'il soit en lui-même — relève clairement des domaines coordonnés par la directive télévision, auquel cas l'article 2, paragraphe 2, s'applique et l'État de réception n'a pas à restreindre la retransmission sur son territoire d'émissions diffusées à partir d'autres États membres. Cette conclusion découle, à notre sens, de l'économie de la directive et des dispositions concernant la publicité.

57. Il apparaît clairement du vingt-septième considérant du préambule que la directive télévision établit « un certain nombre de normes minimales et de critères » applicables à la publicité télévisée dans l'intérêt de la protection des consommateurs. Les vingt-neuvième, trentième et trente-deuxième considérants indiquent diverses autres raisons justifiant l'interdiction ou la limitation de certaines formes de publicité télévisée, telles que la publicité pour le tabac et les médicaments; parmi ces raisons (visées au trente-deuxième considérant), on trouve la protection de l'épanouissement physique, mental et moral des mineurs dans des programmes et dans la publicité télévisée.

58. Le chapitre IV de la directive télévision, intitulé « Publicité télévisée et parrainage », fixe un certain nombre de dispositions générales et spécifiques applicables à la réglementation de la publicité au moyen d'émissions télévisées. Ce chapitre, qui se compose des articles 10 à 21, définit à la fois des règles concernant le moment, le lieu et la manière dont ces publicités doivent être diffusées (articles 10, 11, 18 à 20) ainsi que des règles concernant le contenu et la présentation des publicités (article 12 à 16).

59. L'article 12 requiert le respect de certaines normes générales inspirées de l'éthique et de l'intérêt public. L'article 13 contient une interdiction stricte de toutes formes de publicité télévisée pour les cigarettes et autres produits de tabac. L'article 14 interdit la publicité télévisée pour certains médicaments et traitements médicaux. L'article 15 établit un certain nombre de critères que doit respecter la publicité concernant les boissons alcooliques, notamment celui de ne pas être spécifiquement adressée aux mineurs ou présenter des mineurs consommant ces boissons. Enfin, l'article 16 dispose que la publicité télévisée ne doit pas porter un préjudice moral ou physique aux mineurs et doit, de ce fait, respecter des critères spécifiques pour leur protection.

60. L'article 21 prescrit aux États membres de veiller, lorsque des émissions télévisées ne respectent pas des dispositions du chapitre IV, à ce que des mesures appropriées soient appliquées pour assurer le respect de ces dispositions.

61. Il résulte manifestement, selon nous, de l'effet combiné des dispositions précitées que la directive télévision établit un certain nombre de règles et de normes minimales régissant la publicité télévisée, y compris des normes de protection des mineurs.

62. Notre conclusion sera donc que le type de publicité présentement en cause, à savoir la publicité visant les enfants, relève de la directive télévision et que, partant, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, un État membre ne peut pas faire obstacle à la retransmission sur son territoire.

63. On peut noter que la Cour AELE est parvenue à la même conclusion, quant à l'effet combiné des articles 16 et 2, paragraphe 2, dans les affaires norvégiennes, mentionnées ci-dessus [31].

Publicité mensongère

64. Bien que les publicités dans TV-Shop constituent en elles-mêmes des émissions connues sous le nom de « télé-shopping » et, partant, échappent à la définition de la « publicité télévisée » aux fins du chapitre IV de la directive télévision, elles n'en constituent pas moins, indiscutablement, des émissions télévisées aux fins du chapitre II de la directive, intitulé « Dispositions générales »; c'est ainsi que l'article 2, paragraphe 2, interdit les entraves à la retransmission pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la directive.

65. L'Ombudsman des consommateurs, les gouvernements suédois et finlandais ainsi que la Commission soutiennent que la réglementation des publicités mensongères ne relève pas de la directive télévision. Différents arguments ont été avancés à l'appui de cette thèse.

66. Avant d'aborder ces arguments, il convient toutefois de décrire brièvement la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse [32] (ci-après la « directive sur la publicité trompeuse »),

31 — Citées en note 6; voir paragraphes 31 à 41 du jugement et le dispositif.

32 — JO, L 250, p. 17.

puisque plusieurs parties se fondent précisément sur les dispositions de cette directive.

67. La directive sur la publicité trompeuse vise à améliorer la protection des consommateurs ainsi qu'à mettre fin aux distorsions de concurrence et aux entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services découlant des disparités entre les législations des États membres en matière de publicité trompeuse [33]. Dans cette perspective, elle tente d'établir des critères minimaux et objectifs permettant de déterminer si une publicité est trompeuse, ainsi que des exigences minimales en guise de protection à l'encontre d'une telle publicité. « Publicité » et « publicité trompeuse » sont définies de manière large [34] et engloberaient indiscutablement les représentations trompeuses du genre de celles que l'on trouve, de l'avis de l'Ombudsman des consommateurs, dans les « informercials » diffusés à la télévision.

68. Le premier argument à l'appui de la thèse suivant laquelle la directive télévision ne s'applique pas à la publicité trompeuse est avancé par l'Ombudsman des consommateurs, qui fait état de ce que la proposition initiale de directive télévision présentée par la Commission [35] indique clairement que la législation nationale en matière de publicité peut être appliquée aux publicités transfrontières.

69. Étant donné qu'il n'y a rien en ce sens dans la directive proposée — laquelle au contraire se réfère expressément aux conséquences néfastes sur la libre circulation des marchandises et des services des disparités existant dans le secteur de la publicité radiodiffusée [36] — on doit supposer que l'Ombudsman des consommateurs se réfère à l'exposé des motifs présenté par la Commission concernant la proposition de directive [37].

70. Certes, l'exposé des motifs fait état de ce que les États membres doivent pouvoir continuer à appliquer aux publicités transfrontières des lois nationales non discriminatoires, applicables à la publicité en général, sous réserve que les lois soient nécessaires dans l'intérêt général pour satisfaire à des exigences impératives touchant, notamment, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs [38]. L'exposé des motifs poursuit cependant en précisant que cette possibilité n'était destinée à être retenue que dans les domaines où l'harmonisation faisait défaut [39]. Puisque le domaine de la publicité trompeuse a été harmonisé par la directive sur la publicité trompeuse, les États membres ne sont plus en mesure d'invoquer

33 — Arrêt du 16 janvier 1992 (C-373/90, Information ouverte contre X, Rec. p. I-131, point 9).

34 — Voir article 2.

35 — Proposition de directive du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion (JO 1986, C 179, p. 4).

36 — Voir le seizième considérant du préambule.

37 — COM(86) 146 final.

38 — Paragraphe 47.

39 — Paragraphe 48.

leur droit national dans ce domaine pour entraver les émissions transfrontières.

71. Cette interprétation est cohérente non seulement avec l'exposé des motifs auquel s'est référé l'Ombudsman des consommateurs, mais également avec les objectifs de l'harmonisation en général.

72. L'Ombudsman des consommateurs se réfère également à l'article 11 de la convention européenne sur la télévision transfrontière, qui dispose en son paragraphe 2 que la publicité ne doit pas être trompeuse ni porter atteinte aux intérêts des consommateurs. Bien qu'il ne l'ait pas davantage développé, on peut supposer que l'argument de l'Ombudsman des consommateurs consiste à dire que l'évocation expresse de la publicité trompeuse dans la convention, alors qu'elle n'est pas mentionnée dans la directive, suggère que l'omission dans ce dernier instrument était délibérée, ce qui corroborerait dès lors son point de vue que la directive ne s'applique pas à la publicité trompeuse.

73. A notre sens, cet argument est erroné.

74. La convention sur la télévision transfrontière doit être considérée dans son contexte spécifique: contrairement à la directive télévision, elle n'a pas été adoptée dans le cadre des mesures d'harmonisation existantes. Les auteurs de la convention ont probablement considéré que, pour bénéficier de la liberté de réception que la convention tentait d'instaurer, les publicités devaient satisfaire à une exigence générale tenant à l'absence de caractère trompeur et de préjudice au détriment des intérêts des consommateurs. Du fait qu'il n'existait pas à l'époque d'instrument imposant une telle exigence, celle-ci a été incluse dans la convention. A l'opposé, les auteurs de la directive télévision n'avaient aucune nécessité de légiférer en ce sens puisque la directive sur la publicité trompeuse adoptée cinq ans avant la directive invitait déjà les États membres à mettre en place une législation protégeant les consommateurs contre la publicité trompeuse. Le fait que la convention contienne une stipulation en matière de publicité trompeuse ne conforte donc pas, selon nous, l'argument suivant lequel la directive ne s'étend pas à une telle publicité.

75. L'Ombudsman des consommateurs, le gouvernement suédois et la Commission invoquent le dix-septième considérant du préambule de la directive télévision à l'appui de leur point de vue suivant lequel cette directive n'exclut pas des entraves à la retransmission sur la base de la législation en matière de publicité trompeuse. Ce considérant énonce que la directive ne préjuge pas les actes communautaires d'harmonisation en vigueur ou futurs ayant notamment pour objet de faire respecter les impératifs concernant la défense des consommateurs, la loyauté des transactions commerciales et la concurrence.

76. Il n'est pas toujours tout à fait facile de démêler l'écheveau des affirmations quant au sens et aux effets que l'on peut prêter au dix-septième considérant. Le fil conducteur apparaît être toutefois que les « actes communautaires d'harmonisation » auxquels il fait référence incluent notamment la directive sur la publicité trompeuse, de telle sorte qu'un État membre serait toujours en droit d'interdire la publicité radiodiffusée lorsqu'elle est trompeuse au sens de cette directive et — on peut le supposer — de sa législation nationale mettant en œuvre cette directive.

77. A notre sens, le considérant aux termes duquel la directive télévision ne préjuge pas les actes communautaires d'harmonisation en vigueur ou futurs dit bien ce qu'il veut dire, et rien d'autre: de tels actes d'harmonisation ne sont pas affectés par la directive télévision. La directive sur la publicité mensongère reste par conséquent en vigueur dans sa version originale: les États membres demeurent tenus de veiller à ce que leur droit national confère à tout le moins la protection minimale contre la publicité mensongère, requise par cette directive. Nous ne voyons pas pour autant de motifs pour lesquels il faudrait l'interpréter en ce sens qu'un domaine ayant fait l'objet d'une harmonisation est, ipso facto, exorbitant du champ d'application de la directive télévision.

78. Le préambule de la directive sur la publicité mensongère expliquant les objectifs de la directive indique que les disparités entre les législations des États membres entravent la réalisation de campagnes publicitaires par-delà les frontières nationales et affectent ainsi la libre circulation des marchandises et des prestations de services [40]: c'est pour cette raison, entre autres, qu'elle tente de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse. Il serait paradoxal qu'une directive cherchant explicitement à encourager la libre circulation des marchandises et des services en facilitant la publicité transfrontière puisse être utilisée dans le sens inverse.

79. Enfin, l'Ombudsman des consommateurs, le gouvernement suédois et la Commission soutiennent que la publicité trompeuse ne relève pas des domaines coordonnés par la directive télévision au sens de l'article 2, paragraphe 2, de sorte qu'un État membre peut restreindre la retransmission sur son territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'un autre État membre au motif qu'elles contreviennent à la législation de l'État de réception en matière de publicité trompeuse. Cet argument renvoie manifestement, dans une certaine mesure, à l'argument précédent. Toutefois, la Commission fait valoir la thèse distincte selon laquelle, puisqu'il n'y a pas de règle spécifique dans la directive télévision qui réglemente la publicité trompeuse, cette dernière ne figure pas parmi les domaines coordonnés.

80. Cette proposition établit à notre sens une confusion entre deux questions distinctes, à savoir les domaines coordonnés par la directive et les questions spécifiques régle-

40 — Quatrième considérant.

mentées par elle. C'est le premier concept qui est crucial pour déterminer si l'article 2, paragraphe 2, est d'application.

81. Les domaines coordonnés par la directive télévision comprennent la promotion de la distribution et de la production de programmes télévisés (chapitre III), la publicité télévisée et le parrainage (chapitre IV), la protection des mineurs (chapitre V) et le droit de réponse (chapitre VI). Cette interprétation est selon nous évidente sur la base de l'économie et des objectifs de la directive; que telle est bien l'interprétation correcte apparaît en outre des travaux préparatoires, qui indiquent que la directive était destinée à coordonner les domaines précités (avec en sus, à l'origine, « le droit d'auteur ») au moyen, entre autres, d'une coordination des législations nationales susceptibles d'être invoquées pour entraver la réception d'émissions transfrontalières [41]. Une interprétation étroite du concept de « domaines coordonnés » est par conséquent inappropriée.

82. Ce point de vue est corroboré en outre par les conclusions de l'avocat général M. Lenz dans l'affaire Commission/Belgique [42] dans le contexte d'un argument suivant lequel, puisque les concepts d'ordre public, moral et de sécurité ne sont pas explicitement, ou en tout cas pas de manière exhaustive, mentionnés dans la directive, ils ne font pas partie des domaines coordonnés par la directive aux fins de l'article 2, paragraphe 2, de sorte qu'un État membre peut entraver la retransmission pour des raisons en rapport avec ces concepts. L'avocat général M. Lenz a rejeté cet argument au motif qu'une telle interprétation ruinerait largement la libéralisation poursuivie par la directive, qui est fondée sur le principe fondamental de confiance mutuelle entre les États membres. L'interdiction d'un second « contrôle » des organismes de radiodiffusion télévisuelle par l'État de réception est l'expression de ce principe [43]. La Cour a fait sienne l'approche de l'avocat général [44].

83. Certes, l'avocat général M. Lenz paraît reconnaître de façon implicite, dans un passage précédent de ses conclusions [45], que le dix-septième considérant du préambule a pour effet d'exclure des domaines coordonnés aux fins de l'article 2, paragraphe 2, les objets mentionnés dans ce dix-septième considérant. Toutefois, cette suggestion a été faite dans le contexte de plusieurs arguments infructueux ayant trait à des objets qui sont manifestement en dehors de ces domaines, à savoir

i) une disposition tirée de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme précisant que ne constitue pas une violation du droit de libre expression le fait pour des États de soumettre à un régime d'autorisation, entre autres, des organismes de radiodiffusion télévisuelle;

ii) le droit d'auteur (qui, bien que manifestement destiné à l'origine à figurer au nombre des domaines coordonnés, dans le cadre du chapitre V de la proposition

41 — Voir en particulier les paragraphes 1 à 3 et 24 à 30 de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission, cité en note 37.

42 — Citée en note 21.

43 — Voir paragraphes 99 à 101 des conclusions.

44 — Voir points 88 et 92.

45 — Voir paragraphe 53.

de la Commission [46], a été supprimé du champ d'application de la directive au cours de la procédure législative);

iii) l'article 128, paragraphe 4, du traité, qui impose à la Communauté de tenir compte des aspects culturels dans les actions qu'elle entreprend en vertu du traité, et

iv) le principe de subsidiarité.

Il conviendrait donc peut-être de ne pas interpréter trop largement la remarque faite au passage par l'avocat général concernant l'effet que l'on peut prêter au dix-septième considérant du préambule.

84. On peut enfin noter que le point de vue selon lequel les législations nationales en matière de publicité trompeuse peuvent être invoquées de manière à empêcher la retransmission d'émissions diffusées à partir d'un autre État membre, outre qu'il minerait gravement le principe de l'État de transmission, donnerait lieu en outre à des difficultés pratiques sérieuses [47]. Dans les présentes affaires, certes, les annonceurs en question sont suédois, de sorte que les recours ouverts en droit suédois en matière de publicité trompeuse seraient susceptibles d'exécution vis-à-vis de ces annonceurs, sans difficultés de principe. On peut toutefois envisager l'hypothèse — fréquente — que dans une situation analogue l'annonceur concerné soit établi dans un autre État membre. Dans de telles circonstances, les difficultés pratiques de mise en œuvre des recours disponibles au titre du droit national de l'État de réception apparaissent évidentes.

85. Certes, la Cour AELE a, dans les affaires norvégiennes précitées [48], exprimé l'avis que la directive télévision n'était pas destinée à empêcher un État membre de prendre des mesures au titre de la directive sur la publicité trompeuse, à l'égard d'une publicité devant être considérée comme trompeuse conformément à cette dernière directive [49]. Ce commentaire a toutefois manifestement été fait obiter dictum et il apparaît du libellé du jugement et du rapport d'audience dans ces affaires que la Cour AELE n'a entendu aucun argument sur ce point de l'une quelconque des parties. Dans un secteur où les législations ont déjà été harmonisées, il est difficile de discerner des raisons à l'appui du point de vue suivant lequel ces législations peuvent être invoquées à l'encontre de programmes radiodiffusés, vis-à-vis desquels la directive télévision garantit la libre réception et la libre retransmission. En outre — comme le démontrent les présentes affaires — une telle conception aboutirait à un résultat tout à fait insatisfaisant et aberrant, en ce qu'elle exigerait que des émissions particulières soient conceptuellement démantelées en vue de déterminer quels sont les fragments qui se situaient dans le champ d'application de la directive, et quels sont ceux qui n'y entraient pas.

86. Pour les raisons qui précèdent, nous sommes d'avis que l'article 2, paragraphe 2,

46 — Citée en note 35.

47 — Ce point a également été mentionné, quoique brièvement, par l'avocat général M. Lenz dans ses conclusions dans l'affaire Commission/Belgique, citée en note 21; voir le paragraphe 103 de ses conclusions.

48 — Citées en note 6.

49 — Voir les paragraphes 54 à 56 ainsi que 58 du jugement.

de la directive télévision empêche un État membre d'entraver la retransmission sur son territoire d'émissions télévisées en provenance d'autres États membres au motif que les émissions enfreignent sa législation nationale en matière de publicité trompeuse.

87. Partant, nous conclurons en ce sens que la directive télévision empêche un État membre de prendre des mesures à l'encontre de publicités télévisées en provenance d'un autre État membre, destinées à des enfants ou prétendument trompeuses au sens de la directive sur la publicité trompeuse.

88. Cette conclusion ne serait pas affectée même s'il devait s'avérer — ainsi que cela a été suggéré dans l'affaire De Agostini [50] — que le Royaume-Uni, bien qu'imposant en apparence des règles plus sévères que celles requises par la directive en ce qui concerne la publicité destinée aux enfants [51], ne contrôle pas en réalité le respect de ces règles dans le cas d'émissions diffusées vers l'étranger, ce qui constituerait une violation des articles 2, paragraphe 1, et 21 de la directive. Dans de telles circonstances, la marche à suivre pour l'État de réception mécontent consisterait à former un recours à l'encontre de l'État de transmission au titre de l'article 170 du traité ou de soumettre le cas à l'attention de la Commission en vue du déclenchement de la procédure prévue à l'article 169 [52].

89. De même, cette voie de recours sera appropriée si l'État de réception considère que l'État de transmission néglige de veiller, ainsi qu'il lui incombe en vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la directive télévision, à ce que les émissions de radiodiffusion télévisuelle transmises par des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence respectent le droit applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre, ce qui en matière de publicité, au sens très large de la directive sur la publicité trompeuse, inclura sa législation en matière de publicité trompeuse.

90. On peut noter que la Commission a récemment formé un recours au titre de l'article 169 à l'encontre du Royaume-Uni en vue de faire déclarer par la Cour que le Royaume-Uni n'avait pas correctement mis en œuvre la directive télévision [53]. L'un des griefs de la Commission concernait le fait qu'il existe au Royaume-Uni deux régimes distincts pour les services par satellite intérieurs et les services par satellite autres qu'internes; les règles applicables à ces derniers sont moins rigoureuses que celles applicables aux premiers (il apparaît, de surcroît, au vu d'un échange de lettres avec l'Independent Television Commission — ITC — du Royaume-Uni, annexées aux observations de TV-Shop, que le respect de ces règles ne fait l'objet d'aucun contrôle au Royaume-Uni lorsque les émissions ne sont pas en anglais). La Commission a soutenu que cette distinction constituait une violation des articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 2, de la directive.

50 — Voir paragraphe 90 des présentes conclusions.

51 — Voir paragraphe 40 du jugement de la Cour AELE dans les affaires norvégiennes, citées en note 6.

52 — Voir l'arrêt Commission/Belgique, cité en note 21, points 34 à 37 et paragraphes 50 et 51 des conclusions de l'avocat général M. Lenz. Voir, également, l'arrêt de la Cour du 23 mai 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553, notamment points 19 et 20).

53 — Voir note 15.

91. La Cour a rendu son arrêt dans l'affaire Commission/Royaume-Uni le 10 septembre 1996, en déclarant fondé ce grief de la Commission [54].

92. Enfin, dans le contexte de l'affaire De Agostini, nous pouvons de façon sommaire traiter la deuxième question de la juridiction nationale quant aux effets de la directive télévision, à savoir si celle-ci exclut, en ce qui concerne la chaîne intérieure TV4, l'application de la législation nationale interdisant la publicité visant les enfants. A notre sens, cette directive n'exclut manifestement pas les restrictions par rapport à la publicité diffusée sur cette chaîne, puisque, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, les États membres sont libres d'établir des règles plus strictes applicables aux organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence. La question de savoir si cette interdiction est contraire à l'article 30 du traité sera examinée ci-après.

Les dispositions du traité

93. La juridiction nationale demande en outre, premièrement, par rapport à l'ensemble des trois affaires déférées, si l'article 30 ou l'article 59 du traité s'oppose à ce qu'un État membre prenne des mesures à l'égard d'une publicité télévisée qu'un annonceur fait diffuser à partir d'un autre État membre et, deuxièmement, par rapport à la première affaire seulement, si ces articles excluent l'application d'une législation nationale interdisant la publicité visant les enfants.

94. La première de ces questions n'est plus pertinente étant donné que nous sommes d'avis que la publicité en question relève de la directive télévision, laquelle, en son article 2, paragraphe 2, fait interdiction à un État membre de prendre de telles mesures. Nous aborderons par conséquent la seconde question qui, ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, a spécifiquement trait — comme nous l'avons précédemment indiqué [55] — aux émissions publicitaires diffusées sur la chaîne intérieure TV4. Il y a lieu de rappeler que la législation nationale interdit toute publicité s'adressant aux enfants, que les magazines en cause dans l'affaire De Agostini étaient imprimés en Italie et que TV4 est une chaîne suédoise diffusant des émissions à destination du public suédois et offrant des services (à savoir des espaces publicitaires) à une société commerciale suédoise.

L'article 30

95. De Agostini soutient en substance que les restrictions nationales en matière de

54 — Voir les points 70 à 75; voir également les paragraphes 84 et 85 des conclusions de l'avocat général M. Lenz.

55 — Paragraphe 30.

publicité que l'Ombudsman des consommateurs tente de faire valoir à son encontre sont contraires à l'article 30, qui interdit les restrictions quantitatives aux importations et toutes mesures d'effet équivalent.

96. Dans son arrêt dans les affaires Keck et Mithouard [56], la Cour a jugé que des dispositions nationales limitant ou interdisant certaines modalités de vente échappent au domaine d'application de l'article 30 du traité, pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres [57]. Le point de savoir si les mesures en question sont contraires à l'article 30 dépend donc, en l'état actuel du droit, du respect — ou non — de ces conditions.

97. En ce qui concerne la première question à savoir, si les mesures en question limitent ou interdisent des modalités de vente, la Cour a jugé dans l'affaire Leclerc-Siplec [58] qu'une interdiction de la publicité télévisée dans un secteur particulier (la distribution) concernait des modalités de vente en ce qu'elle interdisait une certaine forme de promotion (publicité télévisée) d'une certaine méthode de commercialisation (distribution) de produits [59]. Une mesure interdisant cette forme de promotion par rapport à une catégorie particulière de consommateurs potentiels, ou à une catégorie particulière de marchandises, doit par conséquent être considérée, sur cette base, comme une modalité de vente, sous réserve que d'autres formes de promotion soient disponibles et efficaces pour la catégorie concernée. Il s'agit là d'une question de fait qu'il appartiendra à la juridiction nationale de vérifier: on peut noter que la réalité d'une telle supposition est vigoureusement contestée par De Agostini.

98. En outre, pour entrer dans la catégorie des mesures que l'on doit considérer, sur la base de la jurisprudence Keck et Mithouard comme ne relevant pas de l'article 30, la mesure en question doit s'appliquer à tous les opérateurs concernés opérant sur le territoire national et doit affecter de la même manière, en droit et en fait, la commercialisation de produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres.

99. La première condition est manifestement remplie dans toutes les affaires présentement en cause. Toutefois, en ce qui concerne la seconde condition, la situation ne nous paraît pas tout aussi claire. Nous partageons la préoccupation de la Commission, qui estime que l'interdiction totale de la publicité destinée aux enfants pourrait en fait entraîner des répercussions plus importantes pour les produits en provenance d'autres États membres. Ainsi que nous l'avons indiqué dans nos conclusions dans l'affaire Leclerc-Siplec, il serait inconciliable avec les objectifs du traité d'interpréter la jurisprudence Keck et Mithouard en ce sens que ne relèverait pas du champ d'application de l'article 30 une interdiction totale frappant la publicité d'un produit qui peut être licitement vendu dans

56 — Arrêt du 24 novembre 1993 (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097).

57 — Point 16.

58 — Arrêt du 9 février 1995 (C-412/93, Rec. p. I-179).

59 — Point 22.

l'État membre où l'interdiction s'applique et dans d'autres États membres: une telle interdiction aurait pour effet de rendre pratiquement impossible pour les fabricants d'autres États membres la pénétration du marché soumis à cette interdiction, de sorte que la mesure équivaudrait à une restriction quantitative dans le commerce entre États membres [60]. Quelle que soit la manière dont on interprète le critère de distinction défini par la jurisprudence Keck et Mithouard, il est difficile de résister à la conclusion qu'en pratique une telle interdiction aura presque certainement un effet sensible sur les importations.

100. A fortiori, la même préoccupation se pose quant à une interdiction totale de la publicité télévisée d'un produit s'adressant à une catégorie particulière de consommateurs. Nous sommes par conséquent d'avis que l'interdiction totale de la publicité visant les enfants est en principe contraire à l'article 30.

101. Une mesure indistinctement applicable qui entrave la libre circulation des marchandises peut cependant être compatible avec le traité si elle est nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général et si elle est proportionnée à son objectif [61].

102. Il est constant que la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs en général figurent parmi les objectifs susceptibles de justifier des entraves à la libre circulation des marchandises [62]. La protection d'une catégorie particulièrement vulnérable de consommateurs telle que les enfants doit a fortiori également constituer une raison impérieuse d'intérêt général, susceptible de justifier de telles restrictions.

103. En outre, il doit être démontré que l'entrave n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs recherchés. En l'espèce, la Commission a exprimé des doutes, (dans le contexte parallèle de l'article 59) sur le point de savoir si l'interdiction totale de la publicité visant les enfants peut véritablement être considérée comme proportionnée à l'objectif poursuivi, estimant que cet objectif pouvait être atteint à l'aide de mesures moins draconiennes qu'une interdiction totale, par exemple par voie de règles relatives au contenu et à la qualité, ou d'une obligation d'indiquer le prix d'articles onéreux. Une autre possibilité pourrait consister à exempter de l'interdiction le matériel à caractère éducatif.

104. Il n'est cependant pas évident à notre sens que le fait de tempérer de la sorte l'interdiction constituerait une méthode tout aussi efficace permettant de rencontrer la préoccupation du gouvernement suédois de ne pas exposer les jeunes enfants à la publicité, en tant qu'ils ne sont pas capables de distinguer entre le documentaire et la

60 — Voir paragraphe 50 de nos conclusions.

61 — Arrêt du 20 février 1979, dit « Cassis de Dijon », Rewe-Zentral (120/78, Rec. p. 649).

62 — Ibidem, point 8.

publicité. Nous ne sommes par conséquent pas convaincu que l'interdiction soit nécessairement disproportionnée par rapport aux objectifs recherchés. On peut noter que la Cour a admis — à propos d'une problématique parallèle, celle de la justification de mesures auxquelles s'applique l'article 59 — que certains types d'interdiction de publicité, par exemple l'interdiction de publicité pour certains produits ou pendant certains jours, ou des restrictions qui ont pour but de permettre aux téléspectateurs de ne pas confondre la publicité commerciale avec d'autres parties du programme, peuvent être justifiés: voir l'arrêt Collectieve Antennevoorziening Gouda [63] (bien que dans cette affaire la Cour ait jugé que les restrictions n'étaient en fait pas justifiées puisqu'elles avaient pour objet et pour effet de protéger les recettes de la fondation nationale pour la publicité télévisée).

105. Partant, nous conclurons en ce sens que l'article 30 du traité n'exclut pas l'application d'une législation nationale interdisant la publicité visant les enfants de moins de 12 ans.

L'article 59

106. Il est évident, au vu de précédentes décisions de la Cour, que les émissions télévisées en général, et la diffusion de messages publicitaires à la télévision en particulier, relèvent des règles du traité en matière de prestations de services: voir en particulier l'affaire, déjà ancienne, Sacchi [64]. Bien que cette affaire-là ait uniquement concerné les transmissions terrestres (ou émissions par voie hertzienne) et les transmissions par réseaux câblés, le principe établi par l'arrêt s'applique également à la forme de diffusion en cause dans les présentes affaires, à savoir la transmission par satellite [65].

107. La Cour a maintes fois eu l'occasion d'examiner la compatibilité avec l'article 59 de restrictions en matière de publicité télévisée [66]. Dans l'arrêt Bond van Adverteerders e. a. [67], elle a analysé les effets d'une interdiction frappant la publicité et elle a conclu en ce sens qu'une telle interdiction comporte une double restriction à la libre prestation des services: d'une part, elle empêche les exploitants de réseaux de câbles établis dans un État membre de transmettre des programmes télévisés offerts par des émetteurs (en l'espèce, par voie de transmission satellite) établis dans d'autres États membres; d'autre part, elle s'oppose à ce que ces émetteurs programment au profit de publicitaires établis notamment dans l'État de réception des messages destinés spécialement au public de cet État [68].

63 — Arrêt du 25 juillet 1991 (C-288/89, Rec. p. I-4007, point 27).

64 — Arrêt du 30 avril 1974 (155/73, Rec. p. 409, point 6). Voir également le sixième considérant du préambule de la directive télévision.

65 — Voir de manière générale les commentaires de l'avocat général M. Mancini dans l'affaire Bond van Adverteerders e. a. (arrêt du 26 avril 1988, 352/85, Rec. p. 2085), à propos de l'actualité des principes établis dans l'affaire Sacchi en dépit des avancées techniques subséquentes au niveau des méthodes de diffusion.

66 — Voir les arrêts Sacchi, cité en note 64; du 18 mars 1980, Debauve e. a., (52/79, Rec. p. 833); Bond van Adverteerders e. a., cité en note 65, et Collectieve Antennevoorziening Gouda, cité en note 63.

67 — Cité en note 65.

68 — Point 22.

108. Les dispositions du traité en matière de libre prestation des services ne sauraient toutefois s'appliquer à des activités dont les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre. La question de savoir si tel est le cas dépend de constatations de fait qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir [69].

109. Dans le cas des émissions publicitaires diffusées sur TV4, l'article 59 apparaît dès lors, dans les circonstances de l'espèce, inapplicable: TV4 est une chaîne suédoise diffusant à destination d'un public suédois et offrant des services à une compagnie suédoise bien qu'appartenant à un groupe international établi en Italie. Il est évident toutefois que cet article serait applicable à la législation nationale en cause, dans d'autres circonstances que l'on peut aisément envisager: par exemple, si l'annonceur ou les téléspectateurs n'étaient pas tous nationaux.

110. Partant, nous conclurons en ce sens que, dans les circonstances de l'affaire De Agostini, l'article 59 du traité n'exclut pas l'application d'une législation nationale interdisant les publicités destinées aux enfants.

Conclusion

111. Nous sommes par conséquent d'avis qu'il y a lieu de répondre comme suit aux questions posées par le marknadsdomstolen:

« 1) L'article 2, paragraphe 2, 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, interdit à un État membre de prendre des mesures à l'encontre de publicités télévisées diffusées à partir d'un autre État membre.

69 — Voir, par exemple, l'arrêt Debauve e. a., cité en note 66, point 9, ainsi que l'arrêt TV10, cité en note 18, point 14.

2) Ni la directive précitée ni les articles 30 et 59 du traité ne s'opposent à l'application par un État membre d'une législation nationale interdisant les publicités destinées aux enfants de moins de 12 ans dans l'hypothèse où l'annonceur et l'organisme de radiodiffusion télévisuelle sont établis dans cet État et que les publicités sont diffusées par une chaîne de télévision intérieure reçue exclusivement par des téléspectateurs dans cet État. »