CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 16 juin 1994 *

Sommaire

A — Introduction ..... I - 4798

B — Discussion ..... I - 4800

Remarque liminaire ..... I - 4800

I — Sur la première question ..... I - 4801

Prestation de services au sens du droit communautaire ..... I - 4801

L'influence de la «jurisprudence anti-contournement» sur la question de la prestation de service ..... I - 4803

II — Sur la deuxième question ..... I - 4807

La prohibition des restrictions, pivot de la libre prestation des services ..... I - 4807

L'application par la Cour des critères à la Mediawet néerlandaise ..... I - 4809

De la «jurisprudence anti-contournement» de la Cour ..... I - 4811

Conséquences dans le cas d'espèce ..... I - 4812

Les articles 10 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ..... I - 4816

C — Conclusion ..... I - 4822

* Langue originale: l'allemand.

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A — Introduction

1. Dans la présente demande de décision préjudicielle, le Raad van State der Nederlanden pose des questions relatives à l'application à certaines activités d'un organisme de radiodiffusion des dispositions sur la libre prestation de services.

2. La procédure principale oppose l'organisme de radiodiffusion TV10, société anonyme de droit luxembourgeois (ci-après la « demanderesse »), au Commissariaat voor de Media des Pays-Bas (ci-après le « défendeur »). L'objet du litige était le refus de la part du défendeur d'autoriser l'insertion des programmes transmis par TV10 dans le réseau câblé néerlandais. Dans la décision de rejet, le défendeur constatait que TV10 ne pouvait être considérée comme un organisme de radiodiffusion étranger au sens de l'article 66, paragraphe 1, de la Mediawet (loi sur les médias), étant donné que la demanderesse s'était établie au Luxembourg dans le dessein manifeste d'échapper à la législation néerlandaise applicable aux installations nationales de radiodiffusion.

3. La disposition pertinente en l'espèce est la suivante:

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

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

b) transmettre des programmes autres que ceux visés sous a), et qui sont émis par un organisme de radiodiffusion étranger ou par un ensemble de tels organismes de programmes de radiodiffusion, conformément à la législation applicable dans le pays d'émission... »

4. TV10 a formé un recours en annulation de cette décision devant la section juridictionnelle du Raad van State. La demanderesse juge la décision critiquable à plusieurs égards. Elle estime inexacte l'appréciation juridique des faits constatés. De plus, il y

aurait, selon elle, infraction au principe d'égalité et aux articles 10 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que 7, 52 et suivants, et 59 et suivants du traité CEE [1] du 31 août 1992).

5. La juridiction de renvoi a constaté que la demanderesse *n'est pas* un organisme de radiodiffusion au sens des articles 14 à 30 de la Mediawet. Elle tient pour prouvé que la demanderesse s'est établie à l'étranger dans l'intention manifeste de se soustraire à la législation applicable aux Pays-Bas en matière de radiodiffusion intérieure. Elle estime toutefois que le grief, invoqué par la demanderesse, d'incompatibilité de la décision attaquée avec le droit communautaire mérite examen.

6. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi, se référant à l'arrêt rendu dans l'affaire Debauve [2], estime que les dispositions du traité CEE sur la libre prestation des services ne sont pas applicables à des activités dont aucun des éléments essentiels ne se manifeste par-delà les frontières d'un État membre. S'appuyant sur l'arrêt rendu dans l'affaire Van Binsbergen [3], la juridiction de renvoi fait valoir qu'un État membre ne saurait se voir retirer le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher le prestataire d'un service dont l'activité est dirigée en totalité ou de façon très prépondérante vers son territoire de se prévaloir de la liberté garantie par l'article 59 pour se soustraire aux règles professionnelles qui s'appliqueraient à lui s'il était domicilié sur le territoire de cet État. Selon le Raad van State, on peut se demander si le chapitre applicable dans un tel cas n'est pas celui sur le droit d'établissement au lieu de celui relatif aux prestations de services. Ayant à l'esprit l'arrêt Segers [4], le Raad van State se demande comment il convient de juger l'activité exercée à partir d'un autre État membre par un organisme de radiodiffusion légalement constitué et officiellement établi dans cet État membre.

7. En conséquence, la juridiction de renvoi demande à la Cour de répondre aux questions suivantes:

« 1) Doit-on parler de services ayant un caractère transfrontalier pertinent au regard du droit communautaire lorsqu'un organisme de radiodiffusion qui n'entre pas en ligne de compte pour l'accès au réseau câblé dans l'État membre A émet des programmes à partir de l'État membre B avec l'intention manifeste, inférée de circonstances objectives,

1 — Depuis le 1er novembre 1993, traité CE, en application du traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 (JO 1992, C 224, p. 1).

2 — Arrêt du 18 mars 1980, Debauve (52/79, Rec. p. 833).

3 — Arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299).

4 — Arrêt du 10 juillet 1986, Segers (79/85, Rec. p. 2375).

de se soustraire de cette façon à la législation de l'État membre auquel les programmes sont principalement, mais pas exclusivement, destinés?

2) Le droit communautaire, eu égard également aux dispositions combinées des articles 10 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, autorise-t-il l'État membre destinataire à soumettre la prestation des services visés à la première question à des restrictions en vertu desquelles l'organisme de radiodiffusion, bien qu'il ait choisi de s'établir dans un autre État membre, est considéré comme un organisme de radiodiffusion non étranger et se voit pour cette raison refuser l'accès de ses programmes au réseau câblé national aussi longtemps qu'il ne satisfait pas aux conditions d'accès applicables aux organismes de radiodiffusion nationaux, au motif qu'en s'établissant dans un autre État membre cet organisme de radiodiffusion tente de contourner les dispositions prises par l'État membre destinataire en vue de maintenir le caractère pluraliste et non commercial du système de radiodiffusion national? »

8. Ont participé à la procédure la demanderesse, le défendeur, les gouvernements néerlandais, allemand et français, ainsi que la Commission, le défendeur faisant siennes en totalité les observations du gouvernement néerlandais. Nous reviendrons, dans le cadre de l'appréciation juridique, sur les particularités de la cause et les observations des parties.

B — Discussion

Remarque liminaire

9. Qu'il nous soit permis une remarque liminaire, avant d'entamer l'appréciation juridique du cas. Les faits sous-tendant la présente espèce remontent à une époque où il n'était obligatoire ni de transposer la directive 89/552/CEE [5], ni de modifier le droit néerlandais des médias afin d'autoriser la radiodiffusion commerciale. Le contexte juridique de l'affaire aurait été fondamentalement différent si les faits s'étaient produits ultérieurement. L'appréciation juridique de la présente espèce n'a donc qu'une valeur limitée à l'égard d'affaires ultérieures.

10. Nous souhaiterions attirer l'attention d'emblée sur une autre considération. La juridiction de renvoi ne pose pas, sur l'application à la présente espèce de l'interdiction de la discrimination en droit communautaire, la question qui aurait pu être soulevée compte tenu de l'autorisation donnée à

5 — 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).

RTL 4 d'émettre par le biais du réseau câblé néerlandais. La juridiction de renvoi semble y avoir répondu d'elle-même. Seule la Cour, dans le cadre de l'application de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme, est chargée de vérifier le respect de l'interdiction de discrimination. Dans ce domaine, les compétences de contrôle de la Cour sont sensiblement plus limitées que lorsqu'il s'agit de l'interdiction de la discrimination en droit communautaire.

I — *Sur la première question*

Prestation de services au sens du droit communautaire

11. La première question vise à savoir si une activité d'émission purement transfrontière peut être qualifiée de prestation de services au sens du droit communautaire, quand bien même l'organisme de radiodiffusion s'est établi à l'étranger afin de se soustraire à la législation applicable dans l'État de réception aux organismes nationaux de radiodiffusion.

12. Tant le gouvernement néerlandais que le gouvernement allemand sont d'avis, compte tenu de la jurisprudence de la Cour [6], qu'il ne saurait être ici question de prestations de services au sens du droit communautaire, de sorte que seule la législation de l'État de réception doit s'appliquer à une affaire purement interne.

13. En revanche, la demanderesse estime qu'il s'agit bien d'une activité de service au sens du droit communautaire, étant donné que la société de radiodiffusion s'est établie effectivement au Luxembourg et a entrepris d'émettre conformément à la législation luxembourgeoise. Ainsi a-t-elle obtenu des autorités luxembourgeoises compétentes l'autorisation de diffuser ses programmes par l'intermédiaire du satellite Astra. Selon la demanderesse, il ne s'agit en l'espèce que de la définition des limites de la libre prestation de services, qui du reste ne peut se faire que selon des critères objectifs.

14. Tant le gouvernement français que la Commission sont d'avis qu'il y a prestation de services au sens du droit communautaire. Selon eux, ce point est distinct d'une autre question qui est de savoir quelles sont les mesures qu'un État membre est autorisé à prendre pour empêcher le prestataire de services de contourner sa législation interne.

6 — Voir la jurisprudence évoquée aux points 51 et 52 ci-après.

15. Les services au sens du droit communautaire sont définis à l'article 60 du traité comme « les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». La liberté de prestation est garantie pour les services « à l'intérieur de la Communauté » [7], c'est-à-dire que le service doit être transfrontalier. Les bénéficiaires de la liberté sont les « ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation » [8]. Les ressortissants des États membres au sens de la prescription sont des personnes tant physiques que morales. Par le biais de l'article 66, les personnes morales sont assimilées aux personnes physiques pour l'application du chapitre du traité concernant les « services », conformément à l'article 58. Selon ce dernier, sont assimilées « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté ».

16. Conformément à la jurisprudence de la Cour, le siège ainsi défini d'une société sert à déterminer son appartenance à l'ordre juridique d'un État membre [9].

17. Afin de pouvoir invoquer la libre prestation de service du droit communautaire, la demanderesse devrait, tout d'abord, satisfaire aux critères définissant les bénéficiaires de la liberté. La demanderesse est une société anonyme, fondée le 27 juillet 1989 selon le droit luxembourgeois sous la dénomination FICORT SA, rebaptisée TV10 SA le 1er septembre 1989. L'objet de la société est défini entre autres comme « notamment l'émission de programmes de télédiffusion ». En outre, son objet social permet à la société de produire des programmes radio et télédiffusés ou de prêter son concours à cette activité. La demanderesse s'est vu reconnaître la qualité d'organisme de radiodiffusion par les autorités luxembourgeoises. De plus, elle a été autorisée à émettre sur le réseau câblé luxembourgeois. En outre, la « Société Europeenne des Satelliete » [10] a obtenu des autorités luxembourgeoises l'autorisation de retransmettre par l'intermédiaire du satellite Astra les programmes de la demanderesse, avec laquelle elle a conclu un contrat. La régie, l'exploitation technique, la production des programmes, ainsi que l'organisation de l'activité d'émission devaient avoir lieu au Luxembourg.

18. Il est donc constant que la demanderesse a été constituée en conformité de la législation d'un État membre et qu'elle a son siège à l'intérieur de la Communauté, à savoir au Luxembourg. Il n'y a pas lieu de rechercher

7 — Voir l'article 59, paragraphe 2.

8 — Voir l'article 59, paragraphe 1. Sur de possibles exceptions à cette règle, voir les arrêts du 26 février 1991, Commission/France (C-154/89, Rec. p. I-659); Commission/Italie (C-180/89, Rec. p. I-709); Commission/Grèce (C-198/89, Rec. p. I-727); l'arrêt du 22 mars 1994 Commission/Espagne (C-375/92, Rec. p. I-923). Voir aussi nos conclusions du 19 mai 1994, dans l'affaire C-379/92, Peralta (arrêt du 14 juillet 1994, Rec. p. I-3453, I-3456, points 74 à 77.

9 — Arrêts du 28 janvier 1986, Commission/France (270/83 Rec. p. 273, point 18); Segers, déjà cité, point 13, et du 13 juillet 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017, point 13).

10 — Telle qu'orthographiée dans les observations de la demanderesse.

si elle a son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement au Luxembourg, étant donné que les conditions s'appliquent de façon alternative et qu'il suffit qu'un seul critère soit satisfait. Selon toute vraisemblance, les trois critères sont remplis en l'espèce.

19. Un prestataire de services au sens du droit communautaire doit, en principe [11], être établi dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. Or, cette notion signifie qu'il doit exister un lien effectif et durable avec l'économie d'un État membre. Selon nous, les éléments décrits, à savoir la constitution et la création de la société, l'obtention de toutes les autorisations d'émission nécessaires et la mise en œuvre de l'activité sociale sont des indices suffisants pour attester de l'établissement.

20. Une activité d'émission qui atteint les Pays-Bas ou qui leur est destinée satisfait aussi le critère du caractère transfrontalier. De jurisprudence constante, la Cour qualifie les émissions de télédiffusion de prestation de services [12], quel que soit le mode de transmission [13]. Cette qualification englobe même des émissions à objet publicitaire [14]; et l'émission publicitaire peut aussi constituer une prestation de services au bénéfice des firmes de publicité [15].

L'influence de la « jurisprudence anti-contournement » sur la question de la prestation de service

21. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, les gouvernements néerlandais et allemands sont d'avis que l'activité d'émission de la demanderesse ne saurait être considérée comme une prestation de services au sens du droit communautaire, étant donné que l'intention de la demanderesse de contourner la législation néerlandaise sur les médias ne fait pas de doutes. Selon eux, il se dégage de la jurisprudence de la Cour en matière de libertés fondamentales un principe selon lequel une personne ne peut exciper des libertés octroyées par le droit communautaire pour se soustraire aux réglementations applicables.

22. Il n'est pas douteux que la juridiction de renvoi a établi, liant la Cour, l'existence d'une manœuvre visant à échapper à la législation applicable. La constatation de fait

11 — Pour les exceptions éventuelles à la règle, voir la jurisprudence citée à la note 8.

12 — Expressément: arrêt du 30 avril 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409, point 6); implicitement: arrêts du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925, points 19 et suiv.); du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007); du 25 juillet 1991, Commission/Pays-Bas (C-353/89, Rec. p. I-4069); du 3 février 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487).

13 — Debauve, déjà cité, point 8.

14 — Arrêt Debauve, déjà cité.

15 — Arrêt du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Rec. p. 2085, point 14).

relève de la seule compétence de la juridiction de l'État membre. Un autre point est de savoir quelles sont les conditions de telles constatations, s'il ne peut être tenu compte que d'éléments objectifs, ou bien si des critères subjectifs tels que l'intention et les motifs peuvent intervenir dans l'appréciation. Ces derniers critères sont problématiques, particulièrement lorsqu'il s'agit d'analyser l'activité d'une personne morale. Nous reviendrons à ces questions complexes.

23. Afin de poursuivre l'analyse du point de savoir s'il y a prestation de services au sens du droit communautaire, il y a lieu de partir de l'appréciation de la juridiction de renvoi selon laquelle il y a manœuvre tendant à contourner la législation.

24. Dans l'arrêt Van Binsbergen [16], il est dit ce qui suit:

« On ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, *une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de service* ». [17]

25. Le dernier membre de phrase, en particulier, suscite des doutes quant aux conséquences de droit qu'il y a lieu d'attacher au fait qu'un prestataire de services contourne la réglementation professionnelle applicable. Cette formulation signifie-t-elle que le prestataire de services échappe, le cas échéant, au domaine d'application des règles relatives à la libre prestation de services et se trouve soumis au droit d'établissement comme s'il s'était établi dans le pays de destination, ou bien qu'il reste en principe régi par le chapitre relatif aux services, avec la conséquence que les éléments déterminants comme sa domiciliation dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation, ou le caractère transfrontalier de celle-ci, doivent être constatés et qu'il est soumis de plus à la réglementation professionnelle du pays destinataire de la prestation de services.

26. Tant le point de vue des gouvernements néerlandais et allemand que les observations de toutes les autres parties doivent être conciliés dans cette mesure avec le texte du passage pertinent de l'arrêt Van Binsbergen.

16 — Voir aussi la jurisprudence qui en découle, par exemple les arrêts du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (205/84, Rec. p. 3755); du 16 décembre 1992, Commission/Belgique (C-211/92, Rec. p. I-6757, point 12), et Veronica Omroep Organisatie, déjà cité, point 12.

17 — Voir l'affaire Van Binsbergen, déjà citée, point 13, passage mis en italique par nous.

27. Du reste, la Commission a reconnu le problème et a fait sur ce point des observations convaincantes [18]. La position de la « jurisprudence Van Binsbergen » peut, selon elle, être considérée sous deux angles. On peut y voir, d'une part, un critère distinctif de l'application des articles 52 et 59 du traité. Elle estime que tant le dernier membre de phrase du treizième considérant de l'arrêt Van Binsbergen [19] que les effets de cette jurisprudence sont en faveur d'une telle interprétation. Il est possible, par ailleurs, de comprendre cette jurisprudence comme une *exception à l'article 59 du traité*, partant de l'idée que c'est en principe une prestation de services au sens de l'article 59 qui est effectuée.

28. D'après la Commission, la distinction est d'importance dans la mesure où, selon la première interprétation, *seule* est applicable la législation de l'État dans lequel la prestation de services est exécutée, alors que, selon la seconde interprétation, le prestataire est soumis dans tous les cas à la législation de l'État membre dans lequel il est (officiellement) établi et peut être soumis, *en outre*, à celle de l'État dans lequel il exécute la prestation. La seconde interprétation aboutit donc à l'application simultanée de deux législations éventuellement inconciliables, ce qui constitue un obstacle non négligeable. Cependant, la Commission penche plutôt pour cette dernière interprétation, parce que le fait de voir dans la « jurisprudence Van Binsbergen » un simple critère de distinction entre la liberté d'établissement et la liberté de prestations de services peut constituer une cause grave d'incertitude juridique.

29. La Commission étaye cette conclusion par l'argumentation qui suit: L'État membre dans lequel est exécutée la prestation de services *n'*est *pas tenu* d'appliquer les règles professionnelles en vigueur sur son territoire: la jurisprudence Van Binsbergen lui donne, selon la Commission, le droit de « se défendre ». Cet État a la possibilité — si toutes les conditions sont remplies — d'imposer le respect de la totalité des règles professionnelles ou, s'il le souhaite, d'une partie de celles-ci seulement; mais cette *possibilité d'intervention* ne donne aucun indice quant à la situation dans l'État membre où se situe l'établissement officiel. Ce dernier État membre ne pourrait-il appliquer aucune des dispositions en vigueur sur son territoire (étant donné que l'entreprise concernée, conformément à la première interprétation, est considérée comme « établie » dans l'État membre dans lequel sont effectuées les prestations de services) ou ne le pourrait-il que dans la mesure où l'autre État membre n'intervient pas? En tout cas, la première interprétation suppose une étroite collaboration des administrations des deux États membres.

30. De plus, la « jurisprudence Van Binsbergen » ne concerne que les « règles professionnelles ». La Commission est d'avis que ces « règles » — compte tenu du fait que la jurisprudence « Van Binsbergen » (quelle que soit l'interprétation qu'on en retienne) s'insère dans le contexte des dispositions du traité relatives à la suppression des entraves à l'exercice d'activités économiques dans la

18 — Voir le mémoire de la Commission, p. 10 et suiv., points 12 et 13.

19 — Cité ci-dessus au point 24.

Communauté — sont constituées par les dispositions nationales qui régissent l'accès aux activités visées à l'article 57 du traité CEE et l'exercice de celles-ci. Ne sont pas concernées d'autres législations, par exemple en matière de droit fiscal, de sécurité sociale ou de planification, etc. Selon elle, l'État membre où se situe l'établissement officiel de l'entreprise se trouve confronté à une situation qui ne peut qu'être difficile à apprécier.

31. Nous souhaitons ajouter les considérations suivantes aux arguments pertinents de la Commission. L'interprétation de l'arrêt Van Binsbergen qui voit dans celui-ci un critère de délimitation entre l'applicabilité des dispositions relatives à la libre prestation de services et celle concernant la liberté d'établissement ne nous convainc pas parce que cette prémisse ferait abstraction au moins partiellement de l'établissement réel du prestataire de services et s'appuierait sur la fiction d'un établissement dans le pays destinataire de la prestation. En dehors des cas d'abus ou de manœuvres visant à contourner la réglementation, l'objet déclaré des dispositions relatives à la libre prestation de services est de faciliter son exercice sans entrave et sans qu'il soit besoin d'un établissement dans le pays membre où se trouve le destinataire de la prestation. Dans l'arrêt Van Binsbergen et dans la jurisprudence qui en découle [20], il ne s'agit pas de réglementer l'établissement, mais de soumettre une certaine activité transfrontalière aux règles professionnelles pertinentes.

20 — Arrêts du 26 novembre 1975, Coenen (39/75, Rec. p. 1547); du 7 février 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399); du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne, déjà cité; du 27 septembre 1989, Van de Bijl (130/88, Rec. p. 3039), et Veronica Omroep Organisatie, déjà cité.

32. Dans la présente espèce, l'établissement de la demanderesse au Luxembourg n'est pas critiquable au regard du droit communautaire. La seule question qui peut se poser est de savoir si des dispositions du pays de destination s'appliquent et, le cas échéant, lesquelles.

33. Nous sommes donc d'avis que, compte tenu de l'arrêt Van Binsbergen et de la jurisprudence qui en dérive, seules les dispositions relatives à la libre prestation de services s'appliquent. Ce n'est que dans le cadre de cette liberté que, dans certaines circonstances [21], le droit du pays destinataire peut s'appliquer, à titre de limitation ou d'exception à la liberté, comme si le prestataire de services y était établi.

34. Certes, la multiplicité potentielle des ordres juridiques applicables, antithèse de l'objet visé par la libre prestation des services, va à l'encontre de notre théorie. Cependant, cet argument ne saurait prévaloir. De toute façon, comme toutes les règles d'exception, celle-ci aussi doit s'interpréter de façon étroite. Il ne faut jamais perdre de vue à ce

21 — Selon la jurisprudence Van Binsbergen, l'application des règles professionnelles n'entre en ligne de compte qu'à condition que, premièrement, l'activité du prestataire soit « entièrement ou principalement tournée vers (le) territoire (de l'État membre) » *et* que, deuxièmement, il y ait volonté de la part du prestataire d'utiliser cette liberté « en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État » (voir point 13).

propos qu'il ne s'agit que de l'application des règles professionnelles que le prestataire de services entend contourner.

35. L'application potentielle subsidiaire des règles professionnelles du pays destinataire en cas d'abus ou en cas de contournement de la législation de l'État membre ne fait pas, en principe, échapper la présente espèce au domaine d'application des dispositions relatives à la liberté de prestation de services. De par son aspect objectif, l'activité de télédiffusion dans le cas d'espèce doit donc être qualifiée de prestation de services au sens du droit communautaire.

II — *Sur la deuxième question*

36. Dans la deuxième question, la juridiction de renvoi demande si l'État membre destinataire est autorisé, compte tenu des circonstances de l'espèce, à imposer à la prestation de services des restrictions consistant à refuser à la demanderesse le statut d'organisme étranger de radiodiffusion au sens du droit de l'État membre, lequel statut implique un traitement plus favorable en matière d'accès au marché par rapport aux organismes de radiodiffusion nationaux et à la soumettre au contraire au traitement national.

37. L'application du droit de l'État membre relève de la seule compétence de la juridiction de renvoi. La qualification d'organisme de radiodiffusion étranger ou national au sens de la loi néerlandaise sur les médias relève en dernière analyse du droit interne. La juridiction de renvoi a toutefois des doutes quant à la compatibilité de son interprétation de la loi avec le traité. C'est pourquoi elle estime les questions préjudicielles déterminantes pour l'issue du litige et la demande préjudicielle nécessaire. Selon sa jurisprudence constante, la Cour, dans le cadre de la procédure préjudicielle, fait connaître à la juridiction de renvoi les données dont elle a besoin pour rendre une décision conforme au droit communautaire sur le litige dont elle est saisie [22].

La prohibition des restrictions, pivot de la libre prestation des services

38. La libre prestation des services a pour objet essentiel l'élimination des restrictions au sens de l'article 59. Celles-ci peuvent revêtir des aspects variés. Il y a lieu d'y classer tout d'abord, selon la jurisprudence la plus ancienne de la Cour, les exigences « imposées au prestataire en raison notamment de sa nationalité ou de la circonstance qu'il ne possède pas de résidence permanente dans l'État où la prestation est fournie, non applicables aux personnes établies sur le ter-

22 — Arrêt du 18 octobre 1990, Dzodzi (C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763, points 29 et suiv.).

ritoire national ou de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire » [23].

39. Dans cette optique, la prohibition des restrictions [24], immédiatement applicable dès la fin de la période transitoire, apparaît tout d'abord comme une interdiction de discrimination [25]. Dans ce contexte, ne sont pas seulement interdites des inégalités de traitement manifestes, mais aussi des formes de discrimination déguisées, reposant certes apparemment sur des critères neutres, mais aboutissant en fait au même résultat [26]. Des réglementations nationales qui ne s'appliquent pas indistinctement à toutes les prestations de services sans considération de leur origine ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, telle que l'article 56 du traité CEE [27].

40. Des restrictions peuvent toutefois se présenter aussi sous la forme de réglementations nationales applicables indistinctement. De telles règles qui jouent au détriment du prestataire de services établi dans un autre État membre sont considérées comme des « autres restrictions » et sont couvertes par l'interdiction de discrimination immédiatement applicable. La démarcation entre discriminations déguisées et autres restrictions n'est pas toujours claire [28]. Il ressort en tout cas de la jurisprudence de la Cour [29] que toute disposition qui entrave, en fait ou en droit, la libre circulation des services, *peut* constituer une infraction à l'article 59 du traité CEE, et que, dans chaque cas d'espèce, il y a lieu de vérifier la compatibilité de l'entrave avec l'article 59 [30].

41. Compte tenu des particularités de nombreuses prestations de services, des conditions spéciales imposées au prestataire et découlant de l'application des règles concernant ce type d'activité peuvent être considérées comme compatibles avec le traité. La libre circulation des services ne doit cependant être limitée que par des règles applicables sans distinction et justifiées par l'intérêt général, et cela seulement dans la mesure où les règles auxquelles est soumis le prestataire dans l'État où il a son établissement ne tiennent pas déjà compte de cet intérêt général [31].

42. L'importance donnée au respect de certains intérêts généraux par la validation des

23 — Affaire Van Binsbergen, déjà citée, point 10; voir aussi l'arrêt Coenen, précité note 20, point 6).

24 — Affaire Van Binsbergen, déjà citée, point 23.

25 — Arrêt Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà cité, point 10.

26 — Voir nos conclusions du 5 décembre 1990, dans l'affaire Commission/France, précitée note 8, point 27.

27 — Voir l'affaire Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà citée, point 11.

28 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Jacobs prononcées le 21 février 1991, dans l'affaire C-76/90 (arrêt du 25 juillet 1991, Säger, Rec. p. I-4221, I-4229, points 20, 21 et 22).

29 — Arrêts du 17 décembre 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305, point 16), et Commission/Allemagne, déjà cité.

30 — Voir nos conclusions dans l'affaire Commission/France, déjà citée, point 29.

31 — Affaires Commission/Allemagne, déjà citée, point 27; Webb, déjà citée, point 17.

règles applicables dans l'État où le prestataire a son établissement a été considérée partout comme une extension jurisprudentielle, dans le domaine des services, du principe du pays d'origine, comparable à la jurisprudence Cassis de Dijon [32] en matière de libre circulation de marchandises. Font partie des bases essentielles de l'intérêt général déjà reconnues par la Cour, par exemple, les réglementations visant à protéger le destinataire des prestations de services ou le consommateur [33].

43. Enfin, les conditions doivent-elles être concrètement aptes à garantir le respect des règles professionnelles et la protection des intérêts visés [34]. En ce qui concerne ces derniers critères, nous sommes d'avis, comme l'avocat général M. Jacobs dans les conclusions qu'il a prononcées dans l'affaire Säger [35], qu'ils n'imposent aucune condition supplémentaire aux restrictions licites à la libre prestation de services. Selon nous, il s'agit là d'éléments du contrôle de proportionnalité [36], qui doit être mis en œuvre lors de l'examen éventuel des restrictions autorisées.

L'application par la Cour des critères à la Mediawet néerlandaise

44. La Cour a déjà entrepris d'appliquer des critères abstraits à différentes sections de la loi néerlandaise sur les médias, dans les affaires C-288/89 [37], C-353/89 [38] et C-148/91 [39]. Elle a constaté que la Mediawet vise à maintenir une radio pluraliste et non commerciale et s'insère dans le cadre d'une politique culturelle ayant pour objet la protection de la liberté d'opinion des différents groupes sociaux aux Pays-Bas, dans les domaines de la presse, de la radio et de la télévision [40]. Selon la Cour, de telles intentions de politique culturelle constituent des objectifs d'intérêt général qu'un État membre est légitimement en droit de poursuivre, par exemple en fixant de façon appropriée la structure de ses propres organismes de diffusion [41].

45. La décision de l'État membre de préserver une radiodiffusion non commerciale n'est donc pas critiquable en soi. Une modification législative ultérieure ne saurait remettre en question la régularité de l'appréciation

32 — Arrêt du 20 février 1979, Rewe (120/78, Rec. p. 649).

33 — Voir l'affaire Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà citée, point 14. D'autres séries de cas y sont énumérées avec les références jurisprudentielles correspondantes.

34 — Arrêt du 18 janvier 1979, Van Wesemael (110/78 et 111/78, Rec. p. 35); affaire Commission/Allemagne, déjà citée, point 27.

35 — Conclusions dans l'affaire Säger, déjà citée, point 29.

36 — Par exemple, les affaires Commission/Allemagne, déjà citée, points 41 et suiv.; Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà citée, point 15.

37 — Arrêt Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà cité.

38 — Arrêt Commission/Pays-Bas, déjà cité.

39 — Arrêt Veronica Omroep Organisatie, déjà cité.

40 — Affaire Veronica Omroep Organisatie, déjà citée, point 9, référant à l'affaire Commission/Pays-Bas, déjà citée, points 3, 29 et 30, et à l'affaire Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà citée, points 22 et 23.

41 — Affaire Veronica Omroep Organisatie, déjà citée, point 10, référant aux affaires Commission/Pays-Bas, déjà citée, points 41 et 42, et Collectieve Antennevoorziening Gouda, déjà citée, points 23 et 24.

fondant la décision antérieure. Selon les observations écrites des parties, confirmées lors de l'audience, c'est précisément cette décision du législateur qui s'est opposée à la création aux Pays-Bas d'un organisme commercial de radiodiffusion et qui a motivé le recours de la société demanderesse.

46. Il découle, en outre, de la jurisprudence précitée que des prescriptions réglementaires relatives à la structure d'un organisme de radiodiffusion peuvent, même si elles s'appliquent de façon indistincte aux sociétés nationales et étrangères, constituer pour ces dernières une restriction prohibée à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du traité CEE [42]. Du point de vue des Pays-Bas, les organismes étrangers de radiodiffusion jouissent donc d'une plus grande liberté quant à leur organisation sociale, même s'ils diffusent des émissions destinées aux Pays-Bas. Certes, cette liberté n'est que relative, puisque ces organismes étrangers doivent respecter la législation de l'État membre où ils sont établis. Celle-ci peut certes apparaître plus libérale.

47. L'article 66 de la Mediawet, dans sa version pertinente en l'espèce, constitue, en harmonie avec le droit communautaire, une base juridique autonome réglementant l'accès des émissions des organismes étrangers de radiodiffusion au réseau câblé néerlandais. Dans le système du droit communautaire, la règle relève du principe du pays d'origine. Du reste, la directive 89/552/CEE [43], article 2, prévoit, impérativement, une procédure similaire pour l'accès au marché des émissions de télévision des organismes étrangers de radiodiffusion [44], qui toutefois n'était pas encore en vigueur au moment des faits [45].

48. Les fondateurs de la société demanderesse ont manifestement utilisé les possibilités du droit luxembourgeois des médias et fondé ladite société dans l'espoir de bénéficier de la liberté plus grande accordée aux organismes étrangers par rapport aux organismes néerlandais. Au regard de l'objectif en droit communautaire du libre choix du lieu de résidence, l'établissement de la demanderesse n'est pas critiquable.

49. Pour mener plus loin l'analyse, il y a lieu de tenir pour acquis que l'application non

42 — Affaire Commission/Pays-Bas, déjà citée, points 40 et suiv.

43 — Déjà citée, note 5.

44 — Voir aussi les douzième, quatorzième et quinzième considérants de la directive, où il est dit ce qui suit:
« ... dès lors, il est nécessaire et suffisant que toutes les émissions respectent la législation de l'État membre dont elles émanent.
...
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;
considérant que 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 l'État membre de réception... »

45 — Article 25 de la directive 89/552.

discriminatoire des dispositions légales néerlandaises s'opposant à la télévision commerciale — qui ne sont certes pas critiquables tant qu'elles concernent les organismes nationaux de radiodiffusion [46] — a l'effet d'une restriction prohibée au sens de l'article 59 du traité CEE à l'encontre de l'activité des organismes étrangers de radiodiffusion. Il s'agit donc seulement de savoir si l'État membre est autorisé par exception, compte tenu des circonstances particulières du cas, à opposer à la demanderesse les dispositions applicables aux organismes nationaux, afin d'empêcher l'accès de ses programmes au réseau câblé néerlandais.

De la « jurisprudence anti-contournement » de la Cour

50. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué précédemment, il se dégage, dans le domaine des libertés fondamentales, une jurisprudence de la Cour qui se caractérise par le fait que, en cas de contournement des réglementations des États membres ou d'abus des libertés communautaires, l'intéressé se voit refuser la possibilité d'invoquer les libertés fondamentales.

51. Dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la Cour a décidé que des dispositions non discriminatoires de fixation obligatoire du prix des livres constituaient une mesure prohibée d'effet similaire à une restriction quantitative des importations. Toutefois, cette constatation ne s'appliquait pas au cas où il ressortirait d'éléments objectifs « que les livres en cause auraient été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une législation comme celle de l'espèce » [47]. Dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, la Cour a décidé, dans un arrêt relatif à une allocation d'étude, que des abus, décelables d'après les éléments objectifs, et consistant en ce que des travailleurs entrent dans un État membre dans le seul but d'y bénéficier, après une très courte période d'activités professionnelles, du système d'aide aux étudiants, n'étaient pas couverts par les dispositions communautaires en cause [48]. La Cour a conclu dans le même sens, s'agissant des libertés d'établissement et de prestations des services. Dans l'arrêt Knoors [49], la Cour indique par exemple que:

« (Attendu) que l'on ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains

46 — Les États membres ont conservé, même après l'entrée en vigueur de la directive 89/552, la possibilité de prévoir des règles plus strictes pour les organismes de télédiffusion qui relèvent de leur ordre juridique. Voir l'article 3, paragraphe 1, de la directive, et son treizième considérant: « considérant que la présente directive prévoit les dispositions minimales nécessaires pour assurer la libre diffusion des émissions; que, de ce fait, elle n'affecte pas les compétences que possèdent les États membres et leurs autorités en ce qui concerne l'organisation — y compris les systèmes de concession, d'autorisation administratives ou de taxation — et le financement des émissions, ainsi que le contenu des programmes; que l'indépendance de l'évolution culturelle d'un État membre à l'autre et la diversité culturelle de la Communauté restent ainsi préservées. »

47 — Arrêt du 10 janvier 1985, Leclerc (229/83, Rec. p. 1, point 27 et résumé). De même, les arrêts du 11 juillet 1985, Leclerc/Syndicat des libraires de Loire-Océan (299/83, Rec. p. 2515), et du 10 juillet 1986, Boriello/Darras et Tostain (95/84, Rec. p. 2253).

48 — Arrêt du 21 juin 1988, Lair (39/86, Rec. p. 3161, point 43).

49 — Arrêt Knoors, précité note 20, point 25.

de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle. »

52. L'arrêt Van Binsbergen, rendu dans le cadre des dispositions relatives à la libre prestation de services, ainsi que la jurisprudence qui en a dérivé, vont dans le même sens. Au passage [50] pertinent pour la présente espèce, la Cour a constaté qu'on ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État [51].

Dans l'arrêt 130/88 [52], la Cour fait en substance la même remarque, à la légère modification terminologique près qu'elle emploie l'expression « prendre des mesures » à la place de celle de « prendre des dispositions ». Dans l'arrêt C-148/91 [53], le plus proche chronologiquement et matériellement de la présente espèce, où la Cour applique les principes à un cas d'espèce dans le domaine de la radio et de la télévision, il est question, dans des développements similaires par le contenu, de mesures à prendre. La notion plus générale de « dispositions » est substituée à celle de « règles professionnelles » [54].

53. Nous constatons en résumé qu'un État membre est autorisé à prendre des *mesures* destinées à empêcher un prestataire de services dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers cet État membre d'invoquer la liberté de prestation de services afin de se soustraire à la réglementation applicable à cette activité professionnelle [55].

Conséquences dans le cas d'espèce

54. Les dispositions dont le contournement est en cause en l'espèce ont pour objet la réglementation de l'activité de télédiffusion. Il s'agit donc sans aucun doute d'une activité professionnelle, de sorte que les dispositions sont à classer dans une notion, entendue au sens large, de « règles professionnelles ».

50 — Cité textuellement au point 24 précédent.

51 — Voir le point 13 de l'arrêt, déjà cité. Voir aussi l'affaire Coenen, déjà citée, points 8 à 11, et l'arrêt Commission/Allemagne, déjà cité, point 22, où la Cour a réitéré explicitement cette constatation.

52 — Arrêt Van de Bijl, précité note 20, point 26.

53 — Arrêt Veronica Omroep Organisatie, déjà cité, point 12.

54 — Dans l'arrêt rendu le 16 décembre 1992 dans l'affaire Commission/Belgique, précitée note 16, point 12, l'application des principes anti-contournement a été analysée mais rejetée.

55 — Dans ce contexte, il convient de noter la réponse de la Commission à la question écrite n° 1101/89. La Commission fait savoir que, au cours des délibérations du Conseil en vue de l'adoption de la directive 89/552, elle a déclaré que, dans l'exercice du rôle qui lui incombe et dans l'interprétation du droit, elle veillera au respect de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de contournement des règles nationales, et renvoie à la jurisprudence Van Binsbergen (JO 1990, C 125, p. 34).

55. Le point de savoir si l'activité de la demanderesse est tournée entièrement ou principalement vers le territoire des Pays-Bas doit être tranché d'après des critères objectifs. Le contenu des programmes, la langue et les communiqués publicitaires sont des indices de la destination de l'activité de télédiffusion. Un autre critère dont il faut tenir compte est le fait que la demanderesse a totalement cessé son activité de diffusion lorsqu'elle s'est vu refuser l'accès de ses programmes au réseau câblé néerlandais.

56. Pour qu'un État membre soit habilité à prendre des mesures, il doit être établi que le prestataire utilise la liberté de prestation de services au sens du droit communautaire pour se soustraire à la législation en vigueur dans le pays destinataire des prestations.

57. Dans ses observations écrites, la Commission a qualifié cet élément de critère subjectif, mais s'est écartée de cette qualification lors de l'audience. Dans ce contexte, se pose la question de savoir comment le fait de « se soustraire » doit se présenter et dans quelles conditions il peut être établi. Il s'agit en particulier de savoir si des critères subjectifs peuvent être invoqués — dont la preuve est difficile à apporter, notamment pour des personnes morales — ou si la volonté de se soustraire à la réglementation doit être attestée par des éléments objectifs.

58. Tant dans les observations écrites des parties que lors de l'audience, il a été maintes fois souligné que le contournement des dispositions néerlandaises avait déjà été définitivement établi, comme constatation de fait, devant la juridiction de renvoi. Le conseil de la demanderesse a toutefois fait valoir, à juste titre selon nous, que la juridiction de renvoi a établi des faits dont l'interprétation en droit communautaire est de la compétence de la Cour. La constatation du contournement de la loi ou de la volonté de s'y soustraire consiste dans une appréciation juridique d'éléments de faits qui ne peut échapper totalement au jugement de la Cour. En tout cas, les limites de cette appréciation juridique sont-elles soumises au contrôle en droit de la Cour [56].

59. Il convient tout d'abord d'expliquer dans quelles conditions le contournement peut être constaté. Un contournement de la loi ou un abus de droit est, en règle générale, sous-tendu par son intention, laquelle constitue sans aucun doute un élément subjectif. Cela explique aisément l'interprétation de la jurisprudence Van Binsbergen, retenue par la Commission dans ses observations écrites, quant à la présence de critères objectif et subjectif. Dans les arrêts Van Binsbergen, Coenen, Knoors et Van de Bijl, il s'agissait dans tous les cas de l'appréciation du comportement de personnes physiques, de telle sorte qu'il était possible de tenir compte dans l'analyse de l'intention et des motifs.

56 — La juridiction de renvoi semble être également de cet avis, étant donné qu'elle soumet à la Cour, dans le cadre de la procédure préjudicielle, l'appréciation des faits qu'elle a constatés.

60. Différente est en principe l'attitude quant à la concrétisation d'éléments subjectifs lorsqu'il s'agit d'apprécier en droit l'activité d'une personne morale qui agit par l'intermédiaire de ses organes. En tant que telle, la personne morale n'est pas susceptible d'avoir des comportements subjectifs. Seules les personnes physiques sont responsables d'un point de vue éthique, ce qui est par exemple d'une importance fondamentale pour déterminer l'accession à la sanction pénale. Dans le cadre de l'ordre juridique qui fonde l'existence en droit de la personne morale et lui donne sa capacité d'agir, sont prévues en général des règles qui imputent à la personne morale les activités de ses organes, accomplies par des personnes physiques. Cette imputation peut aller jusqu'à reconnaître la responsabilité pénale de la personne morale. Concrètement, ces règles se présentent sous des formes considérablement différentes dans les ordres juridiques des divers États membres.

61. Une inclusion uniforme, valable pour tous les États membres dans le cadre du droit communautaire, des actes des personnes physiques dans le domaine de la responsabilité de la personne morale ne saurait être établie, selon nous, que dans le cadre d'une étude de droit comparé. En l'absence de la constatation préalable d'une telle situation juridique communautaire, nous tenons pour problématique le recours à des critères subjectifs pour l'appréciation en droit des actes d'une personne morale. C'est pourquoi, à notre avis, il y a lieu de s'en tenir à des critères objectifs pour la constatation d'un contournement de législation commis par une personne morale.

62. Même en partant du principe que seuls des critères objectifs peuvent influencer l'analyse, il reste à voir dans quelle mesure le droit communautaire impose des limites à la prise en compte de faits objectifs. Dans la présente espèce, la juridiction de renvoi a manifestement tenu compte dans son analyse de la nationalité des fondateurs, des gérants et des employés de la société demanderesse.

63. Il découle de la règle adoptée par les États membres à l'article 58 du traité CEE que la nationalité des détenteurs du capital d'une société ou de ses dirigeants ne saurait en tout cas être prise en compte pour déterminer le siège social et, partant, l'appartenance d'une société à l'ordre juridique d'un État membre [57]. Dans l'arrêt Factortame [58], la Cour a qualifié de contraire au droit communautaire le critère de la nationalité des détenteurs du capital ainsi que des dirigeants d'une société, comme constituant une discrimination prohibée fondée sur la nationalité [59]. Le critère de la nationalité des personnes qui apparaissent derrière une société semble donc — s'agissant du moins de ressortissants de la Communauté — à proscrire d'un point de vue communautaire.

64. D'un autre côté, on ne peut méconnaître le fait que, dans un cas de contournement

57 — Arrêts Commission/France, précité note 9, point 18; Segers, précité note 4, point 13.

58 — Arrêt du 25 juillet 1991, Factortame e.a. (C-221/89, Rec. p. I-3905, point 33).

59 — Arrêt Factortame e.a., déjà cité, point 32.

potentiel de la loi, la création d'une personne morale peut constituer la première phase de la manœuvre de contournement. C'est pourquoi nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'éviter de recourir au critère de la nationalité des personnes physiques, en raison du risque qui s'y attache de discrimination fondée sur la nationalité à l'égard de ressortissants communautaires, dont l'interdiction a valeur de principe fondamental en droit communautaire.

65. Le contournement des législations des États membres devrait être établi sur la base d'autres critères objectifs, tels que la date de mise en œuvre, le contenu et l'objet de l'activité de la société. Les liens interentreprises peuvent aussi jouer un rôle dans l'analyse. Dans l'affaire 250/85 [60], la Cour a procédé à une analyse d'ensemble des activités d'un groupe aux fins d'apprécier en droit communautaire celles d'une personne morale et, à cette occasion, n'a pas reconnu la répartition formelle des diverses activités du groupe entre des entreprises autonomes, destinée à éviter de mettre en évidence certains procédés.

66. En conclusion, selon nous, le contournement des réglementations professionnelles des États membres doit être prouvé au moyen d'éléments objectifs autres que la nationalité des personnes physiques ressortissantes de la Communauté qui sont derrière la société et par l'intermédiaire desquelles celle-ci agit.

67. La Cour s'interdit de conclure définitivement sur les processus qui ont amené le présent litige, étant donné que c'est là l'affaire de la juridiction de renvoi. Nous sommes cependant d'avis que les éléments de fait portés à la connaissance de la Cour révèlent des indices de contournement, tels que l'impossibilité objective d'émettre sur le territoire néerlandais dans la forme choisie par la demanderesse, le contenu et la destination des programmes et l'arrêt complet de l'activité d'émission après l'interdiction d'intégration des programmes dans le réseau câblé néerlandais. De même qu'il peut être tenu compte de la production des programmes aux Pays-Bas, par une société soumise à certaines obligations.

68. S'il est constant et prouvé par des éléments objectifs qu'une législation d'un État membre visant à réglementer l'exercice d'une profession fait l'objet d'un contournement, l'appartenance d'une personne morale à l'ordre juridique d'un autre État membre, déterminée par son siège social, ne saurait faire obstacle aux mesures que l'État membre prend aux fins de s'y opposer. Les mesures ne consistent pas obligatoirement à décréter des dispositions, elles peuvent aussi, tout simplement, consister à appliquer sans distinction les règles de l'État membre. C'est finalement l'État membre qui est concerné si ce processus aboutit en droit à traiter une personne morale qui relève de l'ordre juridique d'un autre État membre comme une personne morale nationale, ne bénéficiant pas du

60 — Arrêt du 5 octobre 1988, Brother/Conseil (250/85, Rec. p. 5683, point 16).

statut d'organisme étranger de diffusion. En tout cas, l'État membre a le droit de mettre en échec la tentative d'une entreprise de se soustraire à sa souveraineté, en la traitant dans cette mesure comme si elle était soumise à celle-ci.

Les articles 10 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

69. Il reste à vérifier que cette conclusion intermédiaire est compatible avec les articles 10 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La deuxième question préjudicielle évoque expressément les effets des articles 10 et 14 de la convention sur l'appréciation en droit communautaire du cas d'espèce.

70. Lors de l'audience, ce problème a été largement laissé de côté. La position des parties dans la procédure écrite est reprise pour l'essentiel ci-après.

71. Pour la *demanderesse*, sa thèse en droit communautaire est renforcée par le fait que la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la convention est en jeu. Exiger d'elle qu'elle remplisse toutes les conditions d'établissement, c'est-à-dire, à l'époque en cause, se conformer aux règles exclusives d'un service public, auquel TV10 ne voulait justement pas adhérer, aboutirait à interdire effectivement et de façon absolue toutes les activités de l'entreprise. La liberté garantie constituant un droit fondamental, on ne saurait comprendre les dispositions communautaires en ce sens qu'elles videraient de son contenu la libre prestation de services.

72. Pour la demanderesse, cela est d'autant plus vrai qu'à l'époque des événements les autorités néerlandaises ont accepté les programmes d'un autre organisme de radiodiffusion luxembourgeois. Même si les autorités néerlandaises avaient voulu amener TV10 à s'établir sur le territoire néerlandais, elles auraient dû tenir compte du fait que les dispositions combinées des articles 10 et 14 de la convention ne leur permettaient pas de discriminer la demanderesse en raison de son statut lors de la fixation des conditions de son établissement.

73. La demanderesse précise, pour être complète, qu'elle a formé une plainte contre le royaume des Pays-Bas devant la Commission européenne des droits de l'homme à Strasbourg, après la décision de la juridiction de renvoi, dans la mesure où celle-ci est devenue définitive.

74. Le *gouvernement néerlandais* exprime d'abord des doutes quant à la compétence de la Cour pour se prononcer sur la référence à la convention faite par la juridiction de renvoi. D'autre part, il renvoie à la jurisprudence ERT [61]. Si la Cour devait s'estimer compétente pour examiner la référence de la juridiction de renvoi à la convention, le gouvernement néerlandais, s'appuyant sur l'article 10 de la convention, émet l'opinion que les restrictions aux activités de service de la demanderesse résultant de l'application de la Mediawet sont justifiées par le paragraphe 2 de cette disposition (maintien de l'ordre public et protection des droits d'autrui). Il fait valoir que la juridiction de renvoi est déjà parvenue à cette conclusion. Selon lui, il y a lieu de constater, en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement, que la demanderesse, en tant qu'organisme de radiodiffusion non étranger, est soumise aux mêmes dispositions que les organismes néerlandais. TV10 n'est donc pas la victime d'une inégalité de traitement par rapport à des organismes de diffusion néerlandais similaires, au sens de l'article 14 de la convention. La juridiction de renvoi est parvenue à cette conclusion également.

75. Le *gouvernement de la République fédérale d'Allemagne* remarque tout d'abord que l'article 10 de la convention a « pour objectif de permettre aux citoyennes et aux citoyens des États membres d'être informés librement, non seulement par le biais des programmes radiodiffusés de leur propre pays, mais également par le biais de ceux des autres États membres, et de recevoir librement — dans la mesure où cela est possible du point de vue technique — les programmes ». Il poursuit ainsi:

« Les dispositions légales supranationales tiennent compte du fait que chacun de ces programmes est produit conformément à la législation qui lui est applicable, c'est-à-dire conformément à la réglementation en matière de radiodiffusion applicable dans l'État membre en question. Cela vise les programmes destinés aux différents États membres et non pas — si l'on se réfère à l'objectif de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme — les programmes qui sont produits avec l'intention de se soustraire, par le choix du lieu de l'établissement, aux dispositions de la réglementation nationale en matière de radiodiffusion ». [62]

76. Les articles 10 et 14 de la convention ne contredisent pas la thèse du gouvernement allemand, selon laquelle un producteur de programmes ne saurait s'appuyer sur l'article 59 du traité CEE dans l'intention de contourner les dispositions nationales relatives à la radiodiffusion. On pourrait certes estimer en principe que le « free flow of information » serait entravé si des programmes diffusés à partir d'un autre État membre étaient soumis à des restrictions internes. Mais le point de vue est quelque peu différent si l'on tient compte du contournement.

61 — Arrêt ERT, précité note 12, points 42 à 44.

62 — Voir les observations du gouvernement allemand, p. 11.

Selon le gouvernement allemand, les considérations qui s'imposent sont les mêmes que dans le cas de contournement des dispositions du traité CEE. L'article 10 de la convention n'a pas pour objet de permettre à un organisme de radiodiffusion de contourner les réglementations nationales régulièrement applicables. Cette analyse est aussi celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui a reconnu aux administrations de l'État contractant le droit de considérer un émetteur établi à l'étranger comme émetteur national, lorsqu'il est utilisé à partir de l'étranger afin de contourner la réglementation nationale [63].

77. En ce qui concerne une violation éventuelle de l'interdiction de discrimination de l'article 14 de la convention, le gouvernement fédéral expose que les mesures autorisées dans le cadre de l'article 10, paragraphe 2, de la convention, pour éviter que les législations ne soient contournées, sont fondées sur des faits et, partant, ne sont pas arbitraires. Pour ce qui est d'une éventuelle inégalité de traitement à l'égard de la demanderesse, considérée comme organisme national de radiodiffusion, par rapport aux organismes étrangers, l'élément constitutif du contournement exclut « per se » le recours à l'interdiction de discrimination.

78. La *Commission* est d'avis que les articles 10 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sont dépourvus de tout effet sur les questions soumises en l'espèce. L'article 10 de la convention concerne le droit de s'exprimer librement. Le paragraphe 2 de la convention permet de soumettre l'exercice de ce droit à des formalités, des conditions et des restrictions prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique. L'article 14 interdit les discriminations portant sur les droits et libertés garantis par la convention. Selon la Commission, il n'a pas été avancé que les règles professionnelles en vigueur aux Pays-Bas, applicables aux organismes qui y sont établis, soient incompatibles avec l'article 10 de la convention. La Commission ne voit pas non plus en quoi le fait d'appliquer ces règles à une entreprise établie à l'étranger pourrait être incompatible avec les articles 10 et 14 de la convention dans une situation spécifique telle que celle décrite dans la « jurisprudence Van Binsbergen », dans un cas où une entreprise se soustrait volontairement à l'application de règles qui, en soi, sont compatibles avec la convention.

79. La Cour a déjà été sollicitée à plusieurs reprises par le passé pour l'application et l'interprétation de dispositions de la convention européenne des droits de l'homme. Pour ce qui est de sa compétence à vérifier la compatibilité de mesures législatives avec la convention européenne des droits de l'homme, la Cour a déclaré ce qui suit:

« S'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans

63 — Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 mars 1990, n° 14/1988/158/214 (Groppera Radio AG e.a./Suisse, publication de la Cour, série A, volume 173, point 72).

le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité, avec la convention européenne, d'une loi nationale qui se situe ... dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national ». [64]

80. Cependant, les droits garantis par la convention, et notamment par son article 10 relatif à la liberté d'opinion, font partie des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire [65]. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire C-260/89 ERT, la Cour a saisi l'occasion, offerte par une demande préjudicielle portant sur l'article 10 de la convention, de se prononcer en principe sur le rapport entre le droit communautaire et la convention européenne des droits de l'homme. Se référant aux arrêts Nold [66], Johnson [67] et Wachauf [68], la Cour a expliqué qu'il y avait lieu de rappeler, à titre liminaire, que, de jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ainsi que des indications fournis par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière. Il en découle que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis [69].

81. Se référant aux arrêts Cinéthèque [70] et Demirel [71], la Cour poursuit en expliquant qu'elle ne peut certes apprécier, au regard de la convention européenne des droits de l'homme, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire. « En revanche, dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la convention européenne des droits de l'homme ». [72]

82. Dans la mesure où l'application de la « jurisprudence anti-contournement » peut se concevoir comme une exception à la libre prestation des services, les autres développements de la Cour dans l'affaire ERT sont

64 — Arrêt du 11 juillet 1985, Cinéthèque e.a. (60/84 et 61/84, Rec. p. 2605, point 26).

65 — Voir l'arrêt Commission/Pays-Bas, précité note 12, point 30, et la référence à l'affaire 4/73 (arrêt du 14 mai 1974, Nold/Commission, Rec. p. 491, note 13).

66 — Arrêt déjà cité, point 13.

67 — Arrêt du 15 mai 1986 (222/84, Rec. p. 1651, point 18).

68 — Arrêt du 13 juillet 1989 (5/88, Rec. p. 2609, point 19).

69 — Arrêt ERT, déjà cité, point 41.

70 — Arrêt Cinéthèque e.a., déjà cité, point 26.

71 — Arrêt du 30 septembre 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719, point 28).

72 — Arrêt ERT, déjà cité, point 42.

d'une importance particulière dans la présente espèce. Il est dit ce qui suit:

« En particulier, lorsqu'un État membre invoque les dispositions combinées des articles 56 et 66 pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux. Ainsi, la réglementation nationale en cause ne pourra bénéficier des exceptions prévues par les dispositions combinées des articles 56 et 66 que si elle est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect ». [73]

83. Structurellement, ces considérations s'appliquent de façon similaire à la présente espèce. Dans l'affaire ERT, la Cour tire la conclusion suivante des considérations qui précèdent:

« Il s'ensuit que dans un tel cas, il incombe au juge national et, le cas échéant, à la Cour d'apprécier l'application de ces dispositions, eu égard à toutes les règles du droit communautaire, y inclus la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, en tant que principe général du droit dont la Cour assure le respect ». [74]

84. La Cour s'est toujours montrée réservée à l'égard de l'application concrète des principes généraux du droit ainsi définis par la convention européenne des droits de l'homme. Dans les affaires jointes 46/87 et 227/88 [75], où était invoquée une violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, la Cour a constaté d'une phrase l'inapplicabilité de la disposition au cas d'espèce, ajoutant en outre:

« Par ailleurs, il y a lieu de constater l'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard ». [76]

85. En revanche, il existe déjà une jurisprudence portant sur l'application des articles 10 et 14 de la convention à des faits analogues à la présente espèce. Dans l'affaire Groppera Radio AG e.a./Suisse [77], la Cour européenne des droits de l'homme a exposé ce qui suit dans le cadre de l'analyse de la justification de restrictions à la retransmission par câble d'émissions de radio:

« Enfin et surtout, le procédé choisi pouvait sembler s'imposer pour déjouer une fraude à

73 — Affaire ERT, déjà citée, point 43.

74 — Affaire ERT, déjà citée, point 44.

75 — Arrêt du 21 septembre 1989, Hoechst/Commission (46/87 et 227/88, Rec. p. 2859).

76 — Arrêt Hoechst/Commission, déjà cité, point 18.

77 — Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 mars 1990, n° 14/1988/158/214, déjà cité, note 63.

la loi; il ne constituait pas une forme de censure dirigée contre le contenu ou l'orientation des programmes en question, mais une mesure prise contre une station que les autorités de l'État défendeur pouvaient raisonnablement considérer comme une véritable station suisse opérant de l'autre côté de la frontière afin d'échapper au système légal de télécommunications en vigueur dans la Confédération.

Partant, les autorités nationales n'ont pas dépassé en l'occurrence la marge d'appréciation que leur laissait la Convention ». [78]

86. En l'espèce, les juges qui ont statué à la majorité estimaient que l'activité d'émission de la demanderesse devait être considérée comme illégale au sens de l'ordre juridique de l'État d'émission. Il y aurait donc à cet égard une différence avec la présente espèce soumise à la Cour. On peut cependant induire des opinions dissidentes des juges MM. Petitti, Bernhard et De Meyer que l'illégalité de l'activité d'émission n'était nullement établie.

87. Dans une décision de la Commission européenne des droits de l'homme [79], il est

78 — Point 73 de l'arrêt.

79 — Affaire 1803/91 (Cable Music Europe/Pays-Bas).

dit, dans le cadre de l'examen de l'article 10, paragraphe 2:

« The Commission notes that the recent changes in the Media Act have not affected the position of broadcasting institutions established abroad with the evident intention of evading the Dutch statutory regulations for national brodcasting institutions. They are not regarded as foreign broadcasting institutions, but as national broadcasting institutions subject to the rules on broadcasting applicable to such institutions.

The Commission notes that, while the applicant company is incorporated under British law and has its seat in the United Kingdom, the programme at issue is specifically intended for the Dutch public. In these circumstances and having regard to the fact that both the company and the Cable One programme have other strong links with the Netherlands, the Dutch authorities could reasonably consider that these broadcasts should be subject to those rules which normally apply to Dutch broadcasting institutions. There is no indication that these rules, insofar as they are relevant to the present case, involve restrictions which would be in violation of Article 10 of the Convention. »

88. Dans le cadre de la même décision, la Commission expose ce qui suit quant à l'analyse de l'article 14:

« The Commission recalls that Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. It refers in this connection to the caselaw of the Court concerning the criteria for assessing a difference in treatment: There must be established an objective and reasonable justification for the measure in question, as well as a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized... »

89. L'interprétation des articles 10 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Commission européenne des droits de l'homme ne présente, telle qu'elle est rapportée, aucun indice donnant à douter, sous l'angle du droit communautaire, de la solution proposée. A notre avis, ces articles aboutissent à des résultats analogues à ceux visés par la « jurisprudence anti-contournement » de la Cour. Les articles 10 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme ne s'opposent donc pas à l'application de ladite jurisprudence de la Cour.

C — Conclusion

90. Nous proposons, sur la base des considérations qui précèdent, de répondre ainsi qu'il suit aux questions préjudicielles:

« 1) On doit parler de services ayant un caractère transfrontalier pertinent au regard du droit communautaire lorsqu'un organisme de radiodiffusion émet des programmes à partir d'un État membre X vers un autre État membre Y, auquel les programmes sont principalement, mais pas exclusivement, destinés, même si l'organisme de radiodiffusion n'entre pas en ligne de compte pour l'accès au réseau câblé dans l'État membre Y, et qu'il émet à partir de l'État membre X avec l'intention manifeste, inférée de circonstances objectives, de se soustraire de cette façon à la législation de l'État membre Y.

2) L'État destinataire Y peut prendre des mesures destinées à empêcher que ses lois ne soient contournées en soumettant exceptionnellement la prestation de services à des restrictions consistant en ce que l'organisme de radiodiffusion se voie refuser le statut d'organisme étranger de radiodiffusion au sens du droit de l'État membre et se trouve par là soumis aux dispositions applicables aux

organismes nationaux de radiodiffusion. L'application indistincte des règles régissant les organismes nationaux est donc autorisée sous réserve que

(1) l'activité soit totalement ou de façon prépondérante dirigée vers le territoire de cet État membre, et que

(2) le prestataire utilise la liberté garantie par l'article 59 du traité CE pour se soustraire aux dispositions qui lui seraient applicables s'il était domicilié sur le territoire de cet État.

Les deux conditions doivent être établies sur la base de critères objectifs autres que la nationalité des détenteurs du capital, des gérants ou des employés de la société prestataire.

Les articles 10 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme ne s'opposent pas à cette interprétation et à cette application du droit communautaire. »