Document generated on 07/11/2025 10:11 p.m.

Les Cahiers de droit

L'ambivalence du statut juridique des biens et services culturels en droit communautaire : les principes de libre circulation et de libre prestation

Laurence Mayer

Volume 43, Number 4, 2002

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043728ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043728ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Mayer, L. (2002). L'ambivalence du statut juridique des biens et services culturels en droit communautaire : les principes de libre circulation et de libre prestation. *Les Cahiers de droit*, *43*(4), 685–776. https://doi.org/10.7202/043728ar

Article abstract

This paper attempts to analyze the legal status of goods and services in community law under the principle of freedom of movement. The analysis indicates that the manner in which cultural goods and services are handled is ambivalent. If on the one hand, they are included in the liberalization of community exchanges (the principle of freedom of movement of goods (section 28, ex-section 30 European Community (EC) and the freedom to provide services (section 49, ex-section 59 EC), on the other hand, cultural goods and services are the subject of special attention owing to various provisions of the Treaty establishing the European Community (section 151, ex-section 128 EC ; section 30, ex-section 36 EC ; section 46, ex-section 56 EC), the case law (concept of mandatory requirements and overriding reasons relating to the general interest) and the *Television without frontiers* directive.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2002

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'ambivalence du statut juridique des biens et services culturels en droit communautaire : les principes de libre circulation et de libre prestation*

Laurence MAYER**

L'article qui suit a pour objet d'analyser le statut juridique des biens et services en droit communautaire en vertu du principe de libre circulation. Il ressort de cette analyse que le traitement réservé aux biens et services culturels est ambivalent. Si, d'un côté, ces derniers sont compris dans la libéralisation des échanges communautaires (principes de libre circulation des marchandises (article 28, ex-article 30 Communauté européenne (CE) et libre prestation de services (article 49, ex-article 59 CE), d'un autre côté, les biens et services culturels sont l'objet d'un traitement particulier en raison de certaines dispositions du Traité instituant la Communauté européenne (article 151, ex-article 128 CE ; article 30, ex-article 36 CE ; article 46, ex-article 56 CE), de l'acquis jurisprudentiel (théorie des exigences impératives et des raisons impérieuses d'intérêt général) et du droit dérivé (la directive Télévision sans frontières*).*

This paper attempts to analyze the legal status of goods and services in community law under the principle of freedom of movement. The analysis indicates that the manner in which cultural goods and services are

* Notre article est une version légèrement modifiée d'une partie du chapitre deux de notre thèse de doctorat : L. MAYER, *Le statut juridique des biens et services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, thèse de doctorat, Québec/Toulouse, Université Laval/Université des Sciences sociales de Toulouse I, 2002.

** Docteure en droit (LL. D.), Université Laval (Québec) et Université des Sciences sociales de Toulouse I (France).

Les Cahiers de Droit, vol. 43, n° 4, décembre 2002, pp. 685-776

handled is ambivalent. If on the one hand, they are included in the liberalization of community exchanges (the principle of freedom of movement of goods (section 28, ex-section 30 European Community (EC) and the freedom to provide services (section 49, ex-section 59 EC), on the other hand, cultural goods and services are the subject of special attention owing to various provisions of the Treaty establishing the European Community (section 151, ex-section 128 EC ; section 30, ex-section 36 EC ; section 46, ex-section 56 EC), the case law (concept of mandatory requirements and overriding reasons relating to the general interest) and the Television without frontiers *directive.*

Pages

1 L'application des principes de libre circulation et de libre prestation aux biens et services culturels 690

1.1 La libre circulation des marchandises (article 28, ex-article 30 CE) 690

1.1.1 La notion communautaire de marchandise 691

1.1.2 L'interdiction de l'article 28 (ex-article 30 CE) 693

1.1.2.1 La notion de mesure d'effet équivalent avant 1993 694

1.1.2.2 L'évolution de la notion depuis l'arrêt *Keck et Mithouard* de 1993 701

1.1.3 L'application de l'article 28 (ex-article 30 CE) à la réglementation nationale entravant les échanges de biens culturels 705

1.1.3.1 La portée des arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon* sur les mesures relatives aux biens culturels 706

1.1.3.2 L'incidence de l'arrêt *Keck et Mithouard* sur la réglementation des États applicable aux biens culturels 710

1.2 La libre prestation de services (articles 49 et 50, ex-articles 59 et 60 CE) 712

1.2.1 La notion communautaire de service 713

1.2.1.1 La définition communautaire du service 713

1.2.1.2 Les services culturels 714

1.2.2 L'interdiction des restrictions à la libre prestation de services (article 49, ex-article 59 CE) 716

1.2.3 L'interdiction de principe des restrictions à la libre prestation de services culturels (article 49, ex-article 59 CE) 719

1.2.3.1 Les arrêts concernant les messages publicitaires 720

1.2.3.2 Les monopoles de télévision 723

1.2.3.3 La distribution des films 724

2 Les dérogations à l'application des principes de libre circulation et de libre prestation aux biens et services culturels 724

2.1 Les dispositions et les exceptions générales des traités 725
2.1.1 Les dispositions générales assurant un statut particulier aux biens et services culturels 725
2.1.1.1 L'article 151 (ex-article 128 CE) 726
2.1.1.2 *Le Protocole* (no 32) *sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres* (1997) 732
2.1.2 Les exceptions générales des traités 732
2.1.2.1 Les dérogations autorisées par l'article 30 (ex-article 36 CE) 733
2.1.2.2 Les dérogations permises par l'article 46 (ex-article 56 CE) 739
2.2 Les dérogations fondées sur la théorie jurisprudentielle relative aux exigences impératives et aux raisons impérieuses d'intérêt général 742
2.2.1 Les exceptions à la libre circulation des marchandises 742
2.2.1.1 Les conditions de justification 743
2.2.1.2 Les exigences impératives reconnues 743
2.2.2 Les raisons impérieuses d'intérêt général 747
2.2.2.1 Les conditions de justification des raisons 748
2.2.2.2 Les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour de justice 748
2.3 La directive *Télévision sans frontières*, une forme de restriction aux échanges 754
2.3.1 La genèse de la directive *Télévision sans frontières* 755
2.3.1.1 La première approche de la Communauté européenne en matière audiovisuelle 755
2.3.1.2 Les négociations longues et difficiles de la directive *Télévision sans frontières* 757
2.3.2 La directive *Télévision sans frontières* de 1989 759
2.3.2.1 Le contenu de la directive 759
2.3.2.2 La portée juridique de l'article 4 de la directive 761
2.3.2.3 L'appréciation de l'article 4 de la directive 764
2.3.3 La révision de la directive *Télévision sans frontières* (1997) 768
2.3.3.1 L'état des lieux des travaux communautaires pendant la révision 768
2.3.3.2 Le contenu de la directive et les modifications apportées 771
2.3.3.3 La portée de la nouvelle directive 773
Conclusion 775

Le Traité de Rome de 1957 a posé les prémisses d'un espace commun voulant faire de quelques États européens (Allemagne, Benelux, France et

Italie) des partenaires commerciaux. Les ravages de la Seconde Guerre mondiale avaient obligé ces États à repenser les échanges économiques et à balayer le protectionnisme des années 30. Ce traité a donc été conçu comme un traité de nature économique au sein duquel les dispositions concernant les biens et services culturels n'ont pas de place. Occultée par les rédacteurs du Traité de Rome, la culture a pris sa place dans le corpus communautaire au début des années 90, époque à laquelle le Traité sur l'Union européenne a été signé. Désormais, le droit communautaire accorde une place particulière à celle-ci en lui réservant un titre spécifique, intitulé « Culture », à travers le titre XII (ex-titre IX Communauté européenne (CE)). Toutefois, cette référence explicite au domaine culturel ne doit pas laisser supposer que la Communauté européenne n'avait pas de compétence en la matière. Concrètement, elle ne fait que formaliser la compétence implicite qu'avaient déjà acquise les institutions communautaires dans la culture. Avec le Traité d'Amsterdam[1], signé le 2 octobre 1997, cette reconnaissance devient incontournable et marque la volonté de l'Union européenne de se saisir concrètement du dossier culturel. Cependant, il faut relativiser l'apport de ce traité en matière culturelle par rapport à l'insertion du titre XII (ex-titre IX CE) puisqu'il ne fait que reprendre l'article 128, devenu l'article 151, en y ajoutant au paragraphe 4 la mention que la diversité des cultures européennes doit être respectée, objectif qui était implicitement reconnu avant cet apport.

La Communauté européenne ayant été pensée comme un marché commun, la libre circulation des marchandises, la libre prestation de services, la libre circulation des travailleurs et la libre concurrence constituent les règles fondamentales qui sous-tendent un espace territorial unifié. Ces principes sont donc sans conteste le moteur de cette intégration où la règle dérogatoire a pu difficilement trouver une place dans l'optique exclusivement économique qui régnait avant le Traité sur l'Union européenne. Lui accorder une place plus large aurait pu mettre en échec les principes mêmes du traité fondateur. Pour situer les biens et services culturels dans ce processus d'intégration, précisons que ces derniers sont en général soumis aux principes de libre circulation et de libre prestation même si, dans certains cas, ils peuvent être exclus de ces régimes. En effet, il existe des situations,

1. Depuis l'entrée en vigueur de ce dernier, en mai 1999, il y a eu un changement dans la numérotation des articles du Traité instituant la Communauté européenne. Les modifications sont prises en considérations dans le présent article ; cependant, lorsque les faits étudiés se situent avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, l'ancienne numérotation prévaudra, et nous indiquerons le renvoi à la nouvelle numérotation afin de ne pas perdre le lecteur dans ce remaniement.

tant dans le Traité instituant la Communauté européenne que dans la jurisprudence, qui accordent aux biens et services culturels un statut particulier où ces principes cessent de leur être applicables. Tel est le cas de l'article 30 (ex-article 36 CE) et de l'article 46 (ex-article 56 CE), qui permettent aux États membres de déroger aux principes de libre circulation et de libre prestation et d'introduire des restrictions dans les échanges communautaires. Dans les cas où la mesure étatique est indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, et qu'elle est justifiée par des exigences impératives ou des raisons impérieuses d'intérêt général, il semble qu'un État puisse toujours intervenir dans des domaines non harmonisés du droit communautaire, sans pour autant enfreindre celui-ci. Il faut voir ici une forme de reconnaissance du droit des États membres d'édicter des règles commerciales dans des domaines sensibles. Cette théorie, issue des travaux de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Commission européenne, pourrait permettre à un État membre de garder une certaine marge de manœuvre sur le statut des biens et services culturels. Toutefois, ces recours sont limités et assortis de conditions restrictives.

Notre problématique associe clairement la conciliation de deux objectifs distincts, à savoir la mise en application des principes de libre circulation et de libre prestation au sein de l'Union européenne et la nécessité d'élaborer des politiques culturelles nationales. C'est ici qu'elle prend toute sa signification puisque nous dépassons les principes économiques pour y intégrer la variable culturelle. En effet, les États membres doivent normalement tenir compte du principe de libre circulation dans l'élaboration de leur politique culturelle et respecter l'interdiction des entraves et des restrictions en matière d'échanges communautaires. Ce n'est que dans des cas bien précis que les principes communautaires ne seront pas applicables et que le statut des biens et services culturels sera reconnu. S'il est vrai que la jurisprudence de la Cour de justice tend souvent à privilégier les principes de libre circulation et de libre prestation, nous verrons tout de même que cette dernière reconnaît parfois le caractère particulier des biens et services culturels.

Cela posé, un cadre d'analyse très simple se présente pour mettre en évidence la position ambivalente des biens et services culturels en droit communautaire. Nous verrons d'abord que les principes de base, c'est-à-dire la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services, s'appliquent en général aux mesures des États relatives aux biens et services culturels. Ensuite, nous constaterons cependant que le droit communautaire autorise, sous certaines conditions, un État membre à prendre des mesures restrictives relatives à la protection des biens et services culturels.

Ce constat résulte de certaines dispositions des traités, de la théorie jurisprudentielle fondée sur les exigences impératives et les raisons impérieuses d'intérêt général, ainsi que du droit dérivé avec, notamment, l'adoption de la directive *Télévision sans frontières*.

1 L'application des principes de libre circulation et de libre prestation aux biens et services culturels

Pour comprendre l'approche de la Communauté européenne concernant le statut des biens et services culturels, il est nécessaire de se pencher d'abord sur les principes qui mettent en œuvre la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services. Nous verrons par la suite comment les biens et services culturels, en tant que produits commerciaux, sont soumis à ces derniers comme tous les autres produits.

1.1 La libre circulation des marchandises (article 28, ex-article 30 CE)

Le principe de libre circulation des marchandises représente une des pierres d'assise de la construction européenne qui a permis d'aboutir en l'espace de 40 ans à un marché unique. Cela est d'abord démontré par la position qu'occupent les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises au sein du Traité de Rome puisque les rédacteurs de ce dernier lui ont accordé une place prédominante : elles occupent tout le premier titre de la partie intitulée « Les politiques de la Communauté », c'est-à-dire de l'article 23 (ex-article 9 CE) à l'article 31 (ex-article 37 CE). Afin que puissent se réaliser les conditions nécessaires à une libre circulation des marchandises au sein du marché européen, les droits de douane et les taxes d'effet équivalent[2] ainsi que les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent sont interdits. La prohibition des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent est une condition essentielle de l'intégration européenne et, depuis la fin de la période de transition, soit 1969, les États membres ont progressivement éliminé ces dernières. Toutefois, d'autres entraves aux échanges communautaires sont apparues du fait de la crise économique des années 70 et un certain protectionnisme des États membres s'est manifesté à travers les barrières non tarifaires telles que les normes techniques et commerciales. C'est à ce moment-là que

2. Ces dernières ne seront pas abordées dans le contexte des biens culturels étant donné l'étendue des notions à voir et la faible incidence des dispositions douanières sur les biens culturels puisque les droits de douane ont disparu. Il en va également de même en ce qui concerne les monopoles commerciaux. En résumé, seules les mesures d'effet équivalent seront traitées dans le contexte de la libre circulation des marchandises.

l'article 28 (ex-article 30 CE) est devenu un instrument primordial pour lutter contre ces pratiques puisqu'il a permis de les appréhender au regard du droit communautaire. Les développements qui suivent vont montrer que, dès lors que les biens culturels sont considérés comme des marchandises, l'interdiction de l'article 28 (ex-article 30 CE) leur est applicable. Il faudra donc étudier le contenu de ce dernier pour en mesurer la portée à l'égard des biens culturels. Nous noterons alors que les mesures étatiques qui entravent les échanges de biens culturels au sein de la Communauté européenne, si elles ne peuvent se justifier, seront sanctionnées, car elles seront incompatibles avec le droit communautaire. Cependant, avant de voir le contenu de cette disposition et son incidence sur les biens culturels, il faut d'abord savoir ce que signifie la notion communautaire de marchandise.

1.1.1 La notion communautaire de marchandise

Les biens culturels peuvent-ils être qualifiés de marchandises et se voir appliquer le principe de libre circulation ? Le Traité de Rome ne contient aucune définition de la notion communautaire de marchandise ; c'est la Cour de justice qui a spécifié ce qu'il fallait entendre par cette notion. Or, il est intéressant de relever que c'est précisément dans un arrêt relatif aux biens culturels que la définition générale de cette notion a été donnée par la Cour de justice. Dans l'arrêt *Commission* c. *République italienne* du 10 décembre 1968[3], mieux connu sous l'appellation « arrêt *Œuvres d'art* », la loi italienne prévoyait une interdiction d'exportation, la délivrance d'une licence ainsi qu'une taxe progressive sur les biens d'intérêt artistique et historique visés. Considérant que les règles de l'union douanière étaient applicables aux biens en question, la Commission européenne a saisi la Cour de justice, car, selon elle, l'Italie manquait à ses obligations. Même si la République italienne affirmait « que les biens en question ne sauraient être assimilés aux « biens de consommation ou d'usage général » et ne seraient donc pas soumis aux dispositions du traité applicables aux « biens du commerce commun » »[4], la Cour de justice a suivi l'approche de la Commission européenne. Les juges de Luxembourg, en se basant sur l'article 23 (ex-article 9 CE) selon lequel « la Communauté est fondée sur une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises », ont défini la notion

3. COUR DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE (CJCE), arrêt du 10 décembre 1968, aff. 7/68, *Commission* c. *République italienne (œuvres d'art)*, Rec., p. 617 (ci-après cité « CJCE, *Commission*, 1968 »).
4. *Id.*, attendu 4, paragraphe 2, p. 626.

de « marchandise » de façon large, si bien que, dans cet arrêt, les biens visés par la loi italienne ont été qualifiés comme des marchandises car, « quelles que soient par ailleurs les qualités qui les distinguent des autres biens du commerce, [ils] partagent cependant avec ces derniers la caractéristique d'être appréciables en argent et de pouvoir ainsi former l'objet de transactions commerciales[5] ».

En accordant à la notion de marchandise un sens si large, la Cour de justice, fidèle au Traité, a incorporé toutes les marchandises afin que les échanges communautaires soient soumis au même régime. La Cour de justice, tout en reconnaissant la caractéristique intrinsèque des biens culturels, n'a donc pas voulu exclure ces derniers du régime de libre circulation, consacrant l'approche marchande de la Communauté européenne. Elle a suivi en cela son avocat général, M. Joseph Gand, qui s'exprimait ainsi sur le sujet :

> [...] que les œuvres d'art soient plus qu'une marchandise banale, grossière, c'est bien évident. Mais il reste qu'elles peuvent faire et qu'elles font effectivement — l'expérience quotidienne le montre — l'objet d'un commerce ; les transactions auxquelles elles donnent lieu sont un élément de ce vaste marché que le traité entend rendre commun à tous les États membres. Elles n'échappent donc pas au cadre général du traité, même si, sur certains points, celui-ci leur fait un sort particulier[6].

Ajoutons aussi que, dans les cas où le produit culturel peut être assimilé à un service, tel que les programmes télévisés, il faut opérer une distinction selon le moyen utilisé pour transmettre ce produit en vue de savoir si ce sont les dispositions relatives aux services qui s'appliquent ou celles qui concernent les marchandises. Cette distinction, selon J. Molinier, se fait « par voie de dissociation[7] ». Dans le cas de la diffusion d'un programme télévisé, il n'y a pas de doute, c'est une prestation de services soumises aux règles sur les services. Par contre, lorsque le programme télévisé est transmis sur un support matériel, il s'agit d'une marchandise, et ce sont donc les principes relatifs à ces dernières qui s'appliquent. La Cour de justice a dû apporter ces précisions dans le cas des émissions de messages

5. *Id.*, attendu 5, paragraphe 3, p. 626.
6. *Id.*, conclusions de l'avocat général, p. 632.
7. J. MOLINIER, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p. 17.

télévisés[8], des vidéocassettes[9], des journaux[10] et des disques[11] afin de clarifier la situation. En clair, seuls les supports matériels sont considérés comme des marchandises.

Étant convaincu que les biens culturels sont considérés comme des marchandises en droit communautaire, le principe de libre circulation des marchandises est applicable. Il convient donc de voir le contenu de l'article 28 (ex-article 30 CE) pour comprendre, ensuite, comment cette disposition est applicable aux mesures étatiques concernant les biens culturels.

1.1.2 L'interdiction de l'article 28 (ex-article 30 CE)

Pour sceller le principe de la libre circulation des marchandises, l'article 28 (ex-article 30 CE) dispose que « [l]es restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres[12] ». S'il est aisé de définir ce qu'est une restriction quantitative, il devient plus difficile de délimiter la notion de mesure d'effet équivalent créée par le droit communautaire. Selon A. Mattera, les restrictions quantitatives peuvent être définies comme « les interdictions totales ou partielles ainsi que les « contingents » ou « quotas », à savoir des limitations quantitatives des importations ou des exportations[13] ». Pour d'autres auteurs, elles sont « l'ensemble des règles et des mesures administratives

8. « [...] sont soumis aux règles relatives à la libre circulation des marchandises les échanges concernant tous matériels, supports de son, films et autres produits utilisés pour la diffusion de messages télévisés » : CJCE, arrêt du 30 avril 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, Rec., p. 409, attendu 7, p. 428 (ci-après cité « CJCE, *Sacchi*, 1974 ») ; voir aussi CJCE, arrêt du 18 juin 1991, aff. C-260/89, *Elliniki Radiophona Tileorassi (ERT)*, Rec., p. I-2925, point 14 (ci-après cité « CJCE, *ERT*, 1991 »).
9. CJCE, arrêt du 17 mai 1988, aff. 158/86, *Warner Brothers et Metronome* c. *Christiansen*, Rec., p. 2605, attendu 13.
10. « [...] on ne saurait qualifier de « services » les travaux d'imprimerie dès lors que les prestations de l'imprimeur conduisent directement à la fabrication d'un objet matériel qui, en tant que tel, fait d'ailleurs l'objet d'une classification au tarif douanier commun, sous la position 49.02, « journaux et périodiques imprimés » : CJCE, arrêt du 7 mai 1985, aff. 18/84, *Commission* c. *République française (avantages fiscaux)*, Rec., p. 1339, attendu 12.
11. CJCE, arrêt du 24 janvier 1989, aff. 341/87, *Emi Electrola* c. *Patricia Im-und Export*, Rec., p. 79.
12. Pour des raisons liées à notre analyse, nous n'étudierons pas les conséquences de l'article 29 (ex-article 34 CE) qui prohibe les restrictions quantitatives à l'exportation. En effet, il est ici question de la protection des biens culturels nationaux par l'entremise de politiques culturelles des États membres qui remettent en cause les importations.
13. A. MATTERA, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, 2e éd., Paris, Jupiter, 1990, p. 40.

qui excluent totalement ou partiellement l'importation d'un ou plusieurs produits considérés du point de vue de leur mesure ou de leur nombre et indépendamment de leur qualité[14] ».

La notion des restrictions quantitatives a donné lieu à d'autres définitions qui se rejoignent plus ou moins les unes les autres ; et comme cette notion est plus facilement appréhendée, il est préférable de s'attarder sur la notion de mesure d'effet équivalent puisque celle-ci n'est pas définie par le Traité. Il faut alors se reporter aux travaux de la Commission européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice, ainsi qu'au règlement 2679/98 du Conseil de l'Union européenne du 7 décembre 1998 qui a apporté certaines précisions sur cette notion[15].

1.1.2.1 La notion de mesure d'effet équivalent avant 1993

La caractéristique principale d'une mesure d'effet équivalent est qu'elle a les mêmes effets qu'une restriction quantitative, c'est-à-dire qu'elle introduit des barrières ou des obstacles dans les échanges intracommunautaires, sans référence explicite à des quantités ou à des contingents. Pour A. Mattera, la notion de mesure d'effet équivalent comprend :

> [...] toutes les formes d'intervention de l'État non visées par d'autres dispositions spéciales du Traité CEE, ayant pour objet ou pour effet de restreindre, directement ou indirectement, concrètement ou potentiellement, les échanges intracommunautaires. Il s'agit d'une notion complexe et d'une très large portée. Elle vise en quelque sorte le reliquat du protectionnisme indirect des États dans le domaine de la liberté des échanges intracommunautaires[16].

Interdites en droit communautaire, les mesures d'effet équivalent auraient dû être éliminées progressivement pendant la période de transition. Cependant, de nouvelles formes sont apparues à travers les obstacles non tarifaires contenus dans la législation de divers États tenant aux caractéristiques propres des produits ou aux conditions de commercialisation de ces derniers.

Il est possible de dégager les deux particularités d'une mesure d'effet équivalent à la lecture de certaines dispositions du Traité. En premier lieu,

---

14. J.-É. COCKBORNE et L. DEFALQUE, *Commentaire Megret, Le droit de la CEE, Préambule, principes, libre circulation des marchandises*, 2e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 225.
15. *Règlement relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres*, JOURNAL OFFICIEL DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE (JOCE) nº L 337, du 12 décembre 1998, p. 8.
16. A. MATTERA, *op. cit.*, note 13, p. 41.

il faut être en présence d'une mesure nationale. D'après les termes de l'article 3 *a*), selon lequel « l'action de la Communauté comporte [...] l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent », il est clair que les mesures dont il est question à l'article 28 (ex-article 30 CE) doivent provenir d'un État. La Cour de justice l'a d'ailleurs souvent rappelé[17]. Toutefois, la mesure peut être prise par un de ses démembrements ou par un organisme semi-public ou professionnel lorsque ces derniers exercent des pouvoirs qui leur ont été attribués par l'État et qui sont normalement tributaires des autorités publiques[18]. Ajoutons cependant que, dans un arrêt de 1996, la Cour de justice a confirmé l'élargissement de la notion de mesures aux actes communautaires :

> [...] une directive ne peut pas justifier des entraves au commerce intracommunautaire, si ce n'est dans les limites consenties par les règles du traité, [...] l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent vaut non seulement pour les mesures nationales, mais également pour les mesures émanant des institutions communautaires[19].

En étendant la notion de mesure à la législation communautaire, la Cour de justice met sur un pied d'égalité les mesures nationales et communautaires, ce qui ne fait que compléter le sens qu'il faut donner à cette notion. Selon nous, les règlements communautaires doivent aussi être compris dans la notion de mesure ainsi que les autres actes communautaires moins contraignants. En effet, la Cour de justice a étendu progressivement le champ d'application de la mesure à tous les actes émanant, directement ou indirectement, des États membres. Il n'y aurait aucune raison d'avoir une approche différente envers les actes communautaires, d'autant que la Cour de justice a employé les termes « mesures émanant des institutions communautaires » et non des directives en particulier. Si telle avait été l'intention de la Cour de justice, elle l'aurait dit[20].

---

17. Notamment : CJCE, arrêt du 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Dassonville*, Rec., p. 837 (ci-après cité « CJCE, *Dassonville*, 1974 ») ; CJCE, arrêt du 20 mai 1976, aff. 104/75, *De Peijper*, Rec., p. 1134.
18. C'est ce qu'il faut tirer de l'affaire *Gema* où l'État membre accordait une protection légitime à la mesure prise par la société allemande de gestion des droits d'auteur : CJCE, arrêt du 20 janvier 1981, aff. 55/80 et 57/80, *Gema*, Rec., p. 147.
19. CJCE, arrêt du 11 juillet 1996, aff. C-429/93, 427/93 et 436/93, *Bristol-Myers Squibb e.a.*, Rec., p. I-3457, point 36. Confirmé par : CJCE, arrêt du 14 juillet 1998, aff. C-284/95, *Safety Hi-Tech*, Rec., p. I-4301 ; CJCE, arrêt du 14 juillet 1998, aff. C-341/95, *Bettati*, Rec., p. I-4355.
20. Il faut ajouter que la Cour de justice a aussi analysé la compatibilité de l'article 28 (ex-article 30 CE) avec la jurisprudence interne d'un État membre : CJCE, arrêt du 13 octobre 1993, aff. C-93/92, *CMC Motorrad Center*, Rec., p. I-5009.

En second lieu, pour être en présence d'une mesure d'effet équivalent, selon l'article 28 (ex-article 30 CE), la mesure étatique doit avoir un effet équivalent, c'est-à-dire qu'elle doit se caractériser par ses « effets restrictifs » sur les échanges. C'est parce que la mesure a un effet équivalent à une restriction quantitative qu'elle sera considérée comme telle. C'est donc l'effet, et non la nature de la mesure, qui doit être apprécié. Les effets restrictifs de la mesure n'ont pas besoin d'être réels, il suffit que ces derniers soient probables.

En résumé, si une réglementation nationale ou communautaire a, ou est susceptible d'avoir, des effets restrictifs sur les échanges de marchandises, elle devrait être assimilée à une mesure d'effet équivalent, et elle serait donc incompatible avec le droit communautaire. Cependant, lors des premiers balbutiements de la doctrine sur cette notion, qui remontent à la fin des années 60, R.C. Béraud avait opéré une distinction entre certaines mesures : d'une part, celles qui touchaient les seuls produits importés et qu'il a considérées comme des mesures d'effet équivalent incompatibles avec l'article 28 (ex-article 30 CE) ; d'autre part, celles qui étaient indistinctement applicables tant aux produits nationaux qu'aux produits importés. À l'égard de ces dernières, il a affirmé que, « étant d'une nature fondamentalement différente », elles ne protègent pas la production nationale mais concernent plutôt la défense de certains intérêts. Ces mesures ne devraient donc pas, en principe, constituer des mesures d'effet équivalent même si elles peuvent l'être[21].

Au cours des mêmes années, la Commission européenne s'est efforcée de circonscrire la notion de mesure d'effet équivalent et en donne une définition relativement complète dans la *Directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969 portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE*[22]. Les mesures visées par cette directive sont énu-

21. R.C. BÉRAUD, « Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome », 1968 (18) *Revue trimestrielle de droit européen* 288. Cette approche a été reprise par la Commission européenne dans sa directive de 1969 où elle a aussi opéré une distinction entre les mesures discriminatoires de celles qui sont applicables indistinctement. Également : M. DONA-VISCARDINI et A. WILMA, « Les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives », *Revue du Marché commun*, n° 165, 1973, p. 231.

22. *Directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969 portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE*, JOCE n° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29. Avant cette directive, la Commission européenne avait déjà eu l'occasion de préciser son approche sur la notion de mesure d'effet équivalent. La première directive concerne l'agriculture :

mérées dans le premier considérant et concernent « les dispositions législatives, réglementaires et administratives, les pratiques administratives, ainsi que tous les actes émanant d'une autorité publique, y compris les incitations ». L'article 2 précise que les mesures visées sont « autres que celles applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, qui font obstacle à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence, y compris celles qui rendent les importations plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale ».

La Commission européenne a répertorié une vingtaine de mesures pouvant être qualifiées de mesure d'effet équivalent (le paragraphe 3 de l'article 2 en donne la liste[23]). L'article 3 de cette directive ainsi que les considérants 8 à 11 se consacrent aux mesures indistinctement applicables. Même si à la lecture du huitième considérant les mesures indistinctement applicables ne sont pas, en principe, assimilées à des mesures d'effet équivalent, il résulte des autres dispositions (article 3 et neuvième et dixième

---

Directive 64/486/CEE, du 28 juillet 1964, portant suppression progressive d'une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation de pommes de terre en République fédérale d'allemagne, JOCE n° 134 du 20 août 1964, p. 2253. Les autres directives datent de 1966 : *Directive 66/682/CEE de la Commission, du 7 novembre 1966, portant suppression des dispositions législatives, réglementaires et administratives qui subordonnent l'importation d'un produit qui, en vertu des articles 9 et 10 du Traité, doit être admis à la libre circulation, à l'exportation ou bien à l'achat ou à la vente du même ou d'un autre produit national*, JOCE n° 220 du 30 novembre 1966, p. 3545 ; *Directive 66/683/CEE de la Commission, du 7 novembre 1966, portant élimination de toute différence de traitement entre les produits nationaux et les produits importés qui, en vertu des articles 9 et 10 du Traité doivent être admis à la libre circulation, en ce qui concerne les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui interdisent l'utilisation de produits importés ou qui imposent l'utilisation de produits nationaux ou qui subordonnent un bénéfice à cette utilisation*, JOCE n° 220 du 30 novembre 1966, p. 3748. Il faut y ajouter la réponse à la question écrite no 64 de M. Deringer, *Question écrite n° 64 de M. Deringer à la Commission des Communautés européennes*, JOCE n° 169 du 26 juillet 1967, p. 12. Soulignons qu'à cette période la définition a seulement ajouté les « pratiques administratives » par rapport à la définition contenue dans les directives de 1966. Ce n'est que dans la directive de 1969 que « les incitations » émanant des autorités publiques ont été incluses. Cette insertion avait déjà été préconisée par R.C. BÉRAUD, *loc. cit.*, note 21, 280.

23. Article 2 (3) de la *Directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969 portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE*, JOCE n° L 13 du 19 janvier 1970, p. 29. Voir également : A. MATTERA, « Les nouvelles formes du protectionnisme économique et les articles 30 et suivants du Traité CEE », *Revue du Marché commun*, n° 267, 1983, p. 252-268, où l'auteur recense pas moins de 27 mesures qui entrent dans la notion de mesure d'effet équivalent.

considérants) qu'elles seront interdites lorsque l'effet restrictif est trop important, qu'il va au-delà de l'objectif fixé et lorsque ce dernier peut être atteint avec des moyens moins restrictifs sur la libre circulation. En effet, l'article 3 précise ceci :

> Sont également visées par la présente directive les mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce.

La Commission européenne donne ainsi une définition étendue de la notion de mesure d'effet équivalent tout en faisant une distinction entre les mesures qui sont appliquées uniquement aux marchandises importées et celles qui sont non discriminatoires. À la suite de cette directive, la Commission européenne a donné plus de précisions dans des communications et dans des cas précis. Toutefois, la définition retenue par la Cour de justice rejoint sous divers aspects celle de la directive de 1969.

Cinq ans plus tard, l'arrêt *Dassonville*[24] pose les jalons de la notion de mesure d'effet équivalent. La Cour de justice vient ainsi compléter les travaux de la Commission européenne et donne sa propre définition à cet égard. Les faits de l'espèce se rapportaient à un décret belge de 1934 qui interdisait l'importation des eaux-de-vie, dont l'appellation d'origine était reconnue par le gouvernement, si ces dernières n'étaient pas munies d'un certificat officiel qui garantissait ladite appellation. Les Dassonville, père et fils, dans leur négoce, ont importé en Belgique du « scotch whisky » de la France. Pour les besoins de la vente en Belgique, ces derniers avaient mis sur les bouteilles des étiquettes qui mentionnaient le certificat d'origine des douanes britanniques et ils avaient aussi franchi les étapes de la procédure française de dédouanement. Selon le gouvernement belge, ces diverses formalités remplies ne satisfaisaient pas au critère du décret. Saisie d'une demande préjudicielle, la Cour de justice a été interrogée sur la question de savoir si le décret belge constituait une mesure d'effet équivalent. Sur cette notion, elle a clairement affirmé que « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à

24. CJCE, *Dassonville*, 1974. Le premier arrêt de la Cour de justice qui aborde la notion de mesure d'effet équivalent est le suivant : CJCE, arrêt du 15 décembre 1971, aff. 51/71 et 54/71, *International Fruit Company*, Rec., 1971, p. 1107. Toutefois, la Cour de justice ne s'est pas étendue sur la notion en tant que telle (attendus 8 et 9).

considérer comme une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives[25] ».

La Cour de justice a donc jugé que le décret belge devait être qualifié comme une mesure de ce type car le certificat d'origine requis était plus difficile à avoir pour « les importateurs d'un produit authentique régulièrement en libre pratique dans un autre État membre, qu'aux importateurs du même produit en provenance directe du pays d'origine[26] ». Le principe posé par l'arrêt *Dassonville* a un champ d'application très large puisqu'il s'applique à toute réglementation commerciale, qu'elle soit discriminatoire ou indistinctement applicable aux marchandises nationales et aux marchandises importées.

L'arrêt *Cassis de Dijon* a confirmé et précisé ce principe, mais ce sont surtout les conclusions de l'avocat général qui ont fait un premier examen de la distinction entre les mesures discriminatoires et celles qui sont indistinctement applicables[27]. Les faits de cet arrêt étaient relatifs à la loi allemande qui interdisait la commercialisation en République fédérale d'Allemagne (RFA) des alcools dont le taux était inférieur à 32 p. 100. Le Cassis de Dijon ayant un degré d'alcool variant de 15 à 20 p. 100, l'entreprise allemande *Rewe* s'est vu refuser l'autorisation d'importer la liqueur. La Cour de justice a considéré « que l'exigence unilatérale, imposée par la réglementation d'un État membre, d'une teneur alcoométrique minimum pour la commercialisation de boissons spiritueuses constitue un obstacle aux échanges incompatibles avec les dispositions de l'article 30 du traité ».

À son avis :

> [...] il faut comprendre la notion de « mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives », figurant à l'article 30 du traité, en ce sens que relève également de l'interdiction prévue par cette disposition la fixation d'une teneur minimale en

25. CJCE, *Dassonville*, 1974, point 5. Cette formulation a été reprise maintes fois par la jurisprudence, entre autres : CJCE, arrêt du 15 décembre 1976, aff. 35/76, *Simmenthal*, Rec., p. 1871, point 12 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1976, aff. 41/76, *Donckerwolcke*, Rec., p. 1921, point 19 ; CJCE, arrêt du 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Campus oil*, Rec., p. 2727, point 15 ; CJCE, arrêt du 10 juillet 1985, aff. 229/83, *Leclerc* c. *Au blé vert*, Rec., p. 1, point 23 (ci-après cité « CJCE, *Leclerc*, 1985 ») ; CJCE, arrêt du 12 mars 1987, aff. 178/84, *Commission* c. *RFA* (« Loi concernant la pureté » pour la bière), Rec., p. 1227, point 27.
26. CJCE, *Dassonville*, 1974, point 9.
27. CJCE, arrêt du 20 février 1979, aff. 120/78, *Cassis de Dijon [Rewezentral]*, Rec., p. 649, conclusions de l'avocat général, M. Capotorti, p. 668-670 (ci-après cité « CJCE, *Cassis de Dijon*, 1979 »). À la suite de cet arrêt, la Commission européenne a rendu une communication et a aligné son approche de la notion de mesure d'effet équivalent sur celle de le Cour de justice. Confirmé par CJCE, arrêt du 26 juin 1980, aff. 788/89, *Gilli et Andres (vinaigre de pomme)*, Rec., p. 2071 ; CJCE, arrêt du 19 février 1981, aff. 130/80, *Kelderman (composition du pain hollandais)*, Rec., p. 527, point 6.

> alcool pour les boissons spiritueuses destinées à la consommation humaine, fixée par la législation d'un État membre, lorsqu'il s'agit de l'importation de boissons alcoolisées légalement produites et commercialisées dans un autre État membre[28].

La Cour de justice a ainsi précisé que les mesures nationales, notamment la réglementation commerciale, qui entravent les échanges intracommunautaires, en l'absence d'harmonisation communautaire, et qui sont applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, peuvent être incompatibles avec l'article 28 (ex-article 30 CE) qui interdit les mesures d'effet équivalent. Ainsi, au lieu de restreindre ou d'étendre le principe de l'arrêt *Dassonville*, l'arrêt *Cassis de Dijon* ne fait que concrétiser ce que la Cour de justice avait implicitement admis auparavant. Ce jugement a fait dire à certains que :

> [...] la Cour franchit un pas important dans le sens de la libre circulation des marchandises en déclarant que les mesures nationales qui, même si elles sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, avaient comme résultat final l'exclusion du Marché intérieur des produits importés pourraient être incompatibles avec l'interdiction des mesures d'effet équivalent[29].

Cependant, dans le même arrêt, la Cour de justice a apporté une limite à ce principe en reconnaissant que ces mesures, indistinctement applicables, pouvaient être autorisées si elles étaient fondées sur des exigences impératives. Nous aborderons cette notion de façon plus approfondie dans la seconde partie où il sera fait état des exceptions à l'interdiction des mesures d'effet équivalent et des conditions requises qui trouvent leur source dans cette théorie jurisprudentielle.

Ces définitions élaborées par la Commission européenne et la Cour de justice témoignent de la vaste gamme de mesures que peut englober la notion de mesure d'effet équivalent en matière de restrictions aux échanges de marchandises. Il est toutefois possible de dégager certains types de réglementation qui ont été qualifiés de mesures d'effet équivalent. À la fin des années 60, diverses catégories de mesures nationales ont été considérées comme des mesures d'effet équivalent : mesure qui interdit d'utiliser les produits importés et qui oblige ou incite à utiliser les produits nationaux ; mesure qui impose des prix minimaux ou maximaux, c'est-à-dire la réglementation en matière de prix ; mesure qui afflige les produits importés de formalités ou de charges supplémentaires ; mesure qui déprécie le

---

28. CJCE, *Cassis de Dijon*, 1979, attendu 14, paragraphe 3 et attendu 15.
29. R. WAINWRIGHT et V. MELGAR, « Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence : de Dassonville à Keck et Mithouard », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 381, septembre-octobre 1994, p. 535.

produit importé ; mesure qui autorise seulement certains à avoir des certificats ou des licences[30].

Cette approche de la notion de mesure d'effet équivalent a régné pendant longtemps au sein du droit communautaire. Ce n'est qu'au début des années 90 que la Cour de justice a décidé non pas de redéfinir mais de préciser, afin de mieux l'adapter, la notion de mesure d'effet équivalent à la suite des recours trop nombreux à l'article 28 (ex-article 30 CE) dont elle était saisie. Selon cette dernière, dans des cas bien définis et sous certaines conditions, les mesures nationales portant sur les modalités de vente devraient être admises et viendraient donc limiter le champ d'application de l'article 28 (ex-article 30 CE).

1.1.2.2 L'évolution de la notion depuis l'arrêt *Keck et Mithouard* de 1993

Nous venons de voir que, depuis presque vingt ans, l'approche de la Cour de justice sur la notion de mesure d'effet équivalent était fondée sur une définition étendue en vue de pouvoir viser l'ensemble des mesures étatiques qui restreignaient les échanges communautaires. L'arrêt *Keck et Mithouard*, du 24 novembre 1993[31], a apporté plus de précisions puisque la notion de mesure d'effet équivalent doit désormais tenir compte de données supplémentaires lorsque la réglementation nationale porte sur les méthodes de commercialisation des produits.

Il suffira simplement de savoir que les faits de l'espèce remettaient en cause la législation française qui interdisait, aux moyens de deux dispositions, la revente à perte et qu'une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice pour savoir si ces dernières étaient incompatibles avec l'article 28 (ex-article 30 CE). Partant du constat « qu'une législation nationale qui interdit de façon générale la revente à perte n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres[32] », la Cour de justice, tout en reconnaissant que la mesure nationale pouvait avoir des effets restrictifs sur le volume des ventes des produits nationaux et importés, s'est interrogée afin de déterminer « si cette éventualité suffit

30. R.C. BÉRAUD, *loc. cit.*, note 21, 265-292.
31. CJCE, arrêt du 24 novembre 1993, aff. 267/91 et 268/91, *Keck et Mithouard*, Rec., p. I-6097, (ci-après cité « CJCE, *Keck et Mithouard*, 1993). Prévisible pour certains si nous nous reportons aux conclusions de l'avocat général, M. Tesauro, dans CJCE, arrêt du 15 décembre 1993, aff. 292/92, *Hünermund*, Rec. p. I-6800, points 20 et 25, qui ont été présentées à la Cour de justice avant le jugement de l'arrêt *Keck et Mithouard*, l'arrêt *Hünermund* vient parallèlement confirmer *Keck et Mithouard* puisqu'il a été rendu après.
32. CJCE, *Keck et Mithouard*, 1993, point 12.

pour qualifier la législation en cause de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation[33] ». Considérant le nombre croissant de litiges concernant l'article 28 (ex-article 30 CE) qui remettaient en cause une réglementation nationale restreignant les échanges, « la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence ».[34] Les juges communautaires ont alors opéré une distinction entre les catégories de réglementation litigieuses en spécifiant que celles qui ont pour objet le produit en tant que tel (c'est-à-dire sa forme, ses dimensions, son poids, sa composition, sa présentation, son étiquetage, son conditionnement) pouvaient être considérées comme des mesures d'effet équivalent, réaffirmant ainsi sa jurisprudence des arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*. Par contre, la Cour de justice a précisé que désormais les mesures qui portaient sur les modalités de vente ne relevaient pas de cette catégorie et qu'elles étaient donc compatibles avec l'interdiction de l'article 28 (ex-article 30 CE). Les juges ont conclu que :

> [...] contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre États membres, au sens de la jurisprudence Dassonville, l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés, exerçant leur activité sur le territoire national et 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[35].

En agissant ainsi, la Cour de justice a voulu apporter des précisions à sa jurisprudence élaborée à la suite de l'arrêt *Dassonville*. La doctrine a d'ailleurs vivement réagi à ce jugement et s'est interrogée sur les conséquences de ces précisions[36]. La Cour de justice, après cet arrêt, a abordé la

---

33. *Id.*, point 13.
34. *Id.*, point 14.
35. *Id.*, point 16.
36. En effet, pour certains auteurs, cet arrêt doit être qualifié de revirement jurisprudentiel, entre autres : A. MATTERA, « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *Revue du Marché unique européen*, 1994, p. 117 ; R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence communautaire », (1994) *JTDE* 145 ; F. CAPELLI, « Les malentendus provoqués par l'arrêt « Cassis de Dijon », vingt ans après », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 402, novembre 1996, p. 682, a considéré qu'il fallait « reconnaître le revirement intervenu comme décisif par rapport à la jurisprudence antérieure » ; G. DRUESNE, *Droit et politiques de la Communauté et de l'Union européennes*, 5e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 85 ; J. SCHAPIRA et autres, *Droit européen des affaires*, t. 1, 5e éd., Paris, Thémis, Presses universitaires de France, 1998, p. 183 ; C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, LITEC, 1998, p. 94. Pour une analyse détaillée de la notion de mesure d'effet équivalent après les arrêts

question des mesures d'effet équivalent de diverses façons. Il ressort des jugements que cette dernière a bien confirmé sa nouvelle approche. Par la suite, la Cour de justice a précisé la notion de modalité de vente et a reconnu comme telle : une mesure nationale qui autorise les pharmaciens à faire de la publicité sur des produits parapharmaceutiques dans l'arrêt *Hünermund* du 15 décembre 1993[37] ; une mesure nationale qui interdit l'ouverture des magasins durant certaines périodes de temps et dans certains lieux, dans les arrêts *Tankstation't Heukske et Boermans*[38] et *Punto Casa*[39] du 2 juin 1994. Cette notion de modalité de vente a également été précisée dans les arrêts *Leclerc-Siplec* de 1995 (nous verrons ce dernier ultérieurement de façon détaillée) et *Commission* c. *République hellénique* de 1995 relatif à une mesure nationale qui imposait que le lait pour nourrissons soit vendu exclusivement en pharmacie[40]. Dans un arrêt plus récent, la Cour de justice a reconnu qu'une mesure autrichienne qui interdisait la vente ambulante de denrées alimentaires au motif que l'entrepreneur n'avait pas un établissement fixe dans la circonscription administrative où il effectuait sa tournée était bien une modalité de vente[41]. Cependant, parce que cette mesure constituait une restriction déguisée, elle a été déclarée incompatible avec l'article 28 (ex-article 30 CE) par la Cour de justice[42].

Dassonville et *Cassis de Dijon*, et à la suite de l'arrêt *Keck et Mithouard*, voir aussi : F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », (1998) 34 (2) *Revue trimestrielle de droit européen* 169-189. Pour d'autres auteurs, cet arrêt a seulement apporté des précisions à la jurisprudence antérieure sur la définition d'une mesure d'effet équivalent « sans pour autant que l'on puisse parler d'un revirement » : J. MOLINIER, *op. cit.*, note 7, p. 56 et 60 ; R. WAINWRIGHT et V. MELGAR, *loc. cit.*, note 29, 538.

37. CJCE, arrêt du 15 décembre 1993, aff. C-292/92, *Hünermund*, Rec., p. I-6787, point 21.
38. CJCE, arrêt du 2 juin 1994, aff. C-401/92 et C-402/92, *Tankstation't Heukske et Boermans*, Rec., p. I-2199, point 14.
39. CJCE, arrêt du 2 juin 1994, aff. C-69/93 et C-258/93, *Punto Casa*, Rec., p. I-2355, point 12. Cet arrêt a dit une fois pour toutes que l'interdiction imposée par certains États d'interdire l'ouverture des commerces le dimanche ne constituait pas une mesure entrant dans le champ d'application de l'article 28 (ex-article 30 CE). Confirmé par CJCE, arrêt du 20 juin 1996, aff. C-418/93–C-421/93, C-460/93–C-464/93, C-9/94–C-11/94, C-14/94–C-15/94, C-23/94, C-24/94 et C-332/94, *Semerano Casa Uno Srl e.a.* c. *Sindaco del Comune di Erbusco e.a.*, Rec., p. I-2975, point 24. Ces affaires avaient été suspendues en attendant que l'arrêt *Punto Casa* de 1994 soit prononcé. La juridiction nationale a demandé le maintien de ces affaires où la Cour de justice a rappelé et confirmé les principes dégagés dans l'arrêt *Punto Casa*.
40. CJCE, arrêt du 29 juin 1995, aff. C-391/92, *Commission* c. *République Hellenique*, Rec., p. I-1621, point 13. Voir aussi : CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Konsumentombudsmannen* c. *De Agostini et TV-Shop i Sverige AB*, Rec., p. I-3843.
41. CJCE, arrêt du 13 janvier 2000, aff. C-254/98, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb et TK-Heimdienst Sass GmbH*, Rec., point 24.
42. *Id.*, point 31.

Toutefois, certaines mesures nationales qui ne concernaient pas les modalités de vente, mais plutôt les caractéristiques attachées à certains produits, ont été qualifiées de mesures d'effet équivalent par la Cour de justice. C'est le cas de celle qui a été présentée notamment dans l'arrêt *Verband Sozialer Wettbewerb (Clinique)*[43] du 2 février 1994 relativement à l'interdiction d'importer un produit cosmétique en raison de la dénomination inscrite sur le produit, de celle qui figure dans l'arrêt *Mars*[44] interdisant la mise en circulation dans un État membre d'un produit portant les mêmes mentions publicitaires ainsi que de celle qui se trouve dans l'arrêt *Bluhme*[45] relativement aux caractéristiques propres à une espèce rare d'abeilles. Il faut aussi remarquer que la Cour de justice n'a pas voulu étendre cette jurisprudence à la libre prestation des services, comme cela ressort de l'arrêt *Alpine Investments BV*[46].

Nous ne pourrions achever cette étude sur la notion de mesure d'effet équivalent sans préciser un règlement adopté par le Conseil quant au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres[47]. Ce règlement a apporté des précisions relatives à la notion d'entrave qui est définie de la manière suivante dans l'article premier : « une entrave à la libre circulation des marchandises entre les États membres, qui est imputable à un État membre du fait de son action ou de son inaction, qui est susceptible de constituer une violation des articles 30 à 36 du traité ». À cette définition s'ajoutent trois conditions cumulatives. Selon la première, l'entrave doit provoquer « une perturbation grave de la libre circulation des marchandises en empêchant, retardant, détournant, l'importation ou le transit de marchandises dans un État membre ou l'exportation de celles-ci à partir d'un État membre ». La deuxième condition suppose que l'entrave « cause des dommages sérieux aux particuliers lésés ». La troisième et dernière condition implique la nécessité « d'une action immédiate afin d'éviter toute continuation, extension ou aggravation de la perturbation ou des dommages en question ». Il n'est donc plus question de mesure d'effet équivalent mais d'entrave à la libre circu-

43. CJCE, arrêt du 2 février 1994, aff. C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb (Clinique)*, Rec., p. I-317, point 19.
44. CJCE, arrêt du 6 juillet 1995, aff. C-470/93, *Mars*, Rec., p. I-1923, point 13.
45. CJCE, arrêt du 3 décembre 1998, aff. C-67/97, *Ditlev Bluhme*, Rec., p. I-8033, point 21. Voir aussi : CJCE, arrêt du 26 juin 1997, aff. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH* c. *Heinrich Bauer Verlag*, Rec., p. I-3689, point 11.
46. CJCE, arrêt du 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments BV.*, Rec., p. I-1141, points 33 et 34.
47. JOURNAL OFFICIEL DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE, JOCE n° L 337 du 12 décembre 1998, p. 8.

lation des marchandises. Ces entraves peuvent être aussi occasionnées par les actions entreprises par des personnes privées (deuxième considérant).

Nous venons de voir que le principe de libre circulation des marchandises interdit aux États membres d'introduire des mesures d'effet équivalent. Il faut maintenant se pencher sur la portée de l'article 28 (ex-article 30 CE) à l'égard des mesures adoptées par les États membres en vertu de leur politique culturelle.

1.1.3 L'application de l'article 28 (ex-article 30 CE) à la réglementation nationale entravant les échanges de biens culturels

Les précisions apportées par la Cour de justice dans l'arrêt *Keck et Mithouard* à l'égard des mesures d'effet équivalent a beaucoup surpris, mais il est clair que cette évolution jurisprudentielle de l'article 28 (ex-article 30 CE) ouvre des horizons nouveaux pour les États membres lorsque ces derniers veulent prendre des mesures en vue de régir les modalités de vente de certains produits. Puisqu'une porte de sortie vient d'apparaître, pourquoi ne pas en profiter et réfléchir sur les différentes possibilités qui en découleraient si certaines modalités de vente étaient appliquées à la commercialisation de certains biens culturels ? Cependant, avant de voir l'incidence des précisions apportées par l'arrêt *Keck et Mithouard* sur les biens culturels, il convient de se pencher sur la pratique en vigueur à leur égard pendant deux décennies.

Avant la jurisprudence élaborée dans les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*, la Cour de justice avait eu l'occasion, dans l'arrêt *Sacchi* de 1974, de se prononcer sur la notion de mesure d'effet équivalent. S'exprimant au sujet des émissions de messages télévisés, la Cour de justice a affirmé, en reprenant les termes de la Commission européenne contenus dans la directive 70/50 de 1969, que :

> [...] sont susceptibles de constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives celles régissant la commercialisation des produits dont les effets restrictifs dépassent le cadre des effets propres d'une simple réglementation du commerce ; que tel sera notamment le cas lorsque ces effets restrictifs sont hors de proportion avec le but poursuivi, en l'occurrence, l'organisation, selon le droit d'un État membre, de la télévision en service d'intérêt public[48].

Ainsi, cet arrêt peut être considéré comme une amorce du principe qui allait être affirmé dans l'arrêt *Dassonville* et confirmé par l'arrêt *Cassis de Dijon*, à savoir que les mesures d'effet équivalent indistinctement applicables sont interdites. Ici, même en présence de produits culturels, la

48. CJCE, *Sacchi*, 1974, note 8, attendu 8.

Cour de justice n'a pas fait de distinction et a soumis les mesures étatiques les concernant à l'application du principe de libre circulation.

1.1.3.1 La portée des arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon* sur les mesures relatives aux biens culturels

La législation française concernant les biens culturels a été passée au crible par la Cour de justice au milieu des années 80. En effet, plusieurs arrêts ont sanctionné des mesures françaises, qualifiées de mesures d'effet équivalent, car elles étaient incompatibles avec l'article 28 (ex-article 30 CE).

Le premier arrêt concernait les tarifs postaux préférentiels accordés par la France à certains journaux et périodiques en raison de leur contenu qualitatif[49]. Les arguments du gouvernement français faisaient valoir que ce n'était pas le prix du journal ou du périodique qui incitait le consommateur à les acheter, que ce choix « se ferait plutôt par goût, par affinités culturelles, politiques ou autres ou par jugement sur la qualité du journal ou du périodique[50] ». Ainsi, la France se réfugiait derrière l'argument du choix du consommateur et considérait que ce dernier n'était pas de nature économique. La Cour de justice, rappelant la jurisprudence de l'arrêt *Dassonville*, a considéré que « même si en l'espèce, le choix du lecteur est motivé, notamment, par des considérations de caractère non économique, la réduction des coûts d'abonnement résultant du tarif postal préférentiel ne peut cependant pas être regardée comme étant sans influence sur ce choix[51] ».

De plus, la Cour de justice a ajouté que la mesure ne pouvait pas échapper aux dispositions de l'article 28 (ex-article 30 CE) en raison de la faible gêne causée aux importations et qu'il existait d'autres moyens de vendre les produits (en kiosque ou par courrier étranger). Elle a donc jugé que la réservation d'un tarif postal préférentiel aux journaux et périodiques français ou imprimés en France constituait un manquement à l'article 28 (ex-article 30 CE). Cet arrêt n'est pas sans rappeler la première décision de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en matière culturelle qui concernait les mesures mises en place par le Canada à l'égard de ses périodiques[52].

---

49. CJCE, arrêt du 14 mars 1985, aff. 269/83, *Commission* c. *République française (tarifs postaux)*, Rec., p. 837.
50. *Id.*, point 8.
51. *Id.*, point 9.
52. OMC, *Canada — Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997, *Rapport du Groupe spécial*, ainsi que : OMC, *Canada — Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997, *Rapport de l'Organe d'appel*. Décisions disponibles : *Règlement des différends*, [En ligne], [http ://www.wto.org/] (juin 1997).

La Cour de justice s'est aussi penchée dans un arrêt sur les avantages fiscaux accordés aux entreprises de presse mais assortis de la condition d'imprimer en France les publications en vue de pouvoir en bénéficier. La Cour de justice a qualifié cette mesure française de mesure d'effet équivalent, car elle incitait les entreprises de presse nationale à imprimer en France, ce qui avait pour conséquence de gêner les importations de produits imprimés venant des autres États membres[53].

Dans un autre arrêt, c'est la *Loi Lang* sur le prix unique du livre qui a été remise en cause. Cet arrêt, *Leclerc* c. *Au blé vert*[54], a permis à la Cour de justice de clairement affirmer sa jurisprudence en disant que les mesures nationales discriminatoires qui entravent les échanges de biens culturels, en l'espèce les livres, étaient considérées comme des mesures d'effet équivalent et étaient donc interdites par le Traité. Les faits attachés à cet arrêt peuvent se résumer de la manière suivante.

Au début des années 80, la France a adopté une loi sur le prix unique du livre, mieux connue comme la *Loi Lang*, afin que les grandes surfaces ne puissent pratiquer des prix dits « cassés » qui auraient remis en cause la viabilité des petites librairies[55]. Les Centres Édouard-Leclerc, géants de la distribution alimentaire et qui étendent leurs activités à beaucoup de secteurs (notamment le livre et la musique), sont renommés dans la France entière pour les bas prix de vente pratiqués dans leurs magasins. Dans le cas des livres, ils avaient fixé des prix sous le seuil permis par la *Loi Lang* et ont été traduits devant les tribunaux nationaux par les associations de libraires français. Ayant été déboutés par le Tribunal de grande instance, les Centres Édouard-Leclerc ont porté leur cause en appel, et c'est dans le contexte de cette procédure que les juges communautaires ont été saisis d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité de la législation nationale avec les règles de concurrence. La Cour de justice, pour des raisons de sécurité juridique, a suivi le raisonnement que la Commission européenne avait fait dans ses observations[56] et a écarté les règles de concurrence qui n'étaient pas encore suffisamment déterminées pour

53. CJCE, arrêt du 7 mai 1985, aff. 18/84, *Commission* c. *République française (avantages fiscaux)*, Rec., p. 1339.
54. CJCE, *Leclerc*, 1985.
55. *Loi* n° *81-766 du 10 août 1981*, *Loi sur le prix unique du livre*, JORF du 11 août 1981, p. 2198. Selon les termes de cette dernière, les éditeurs et les importateurs de livres étaient tenus de fixer un prix de vente sur les livres qu'ils éditaient ou qu'ils importaient. Les détaillants de livres devaient alors pratiquer un prix variant de 95 à 100 p. 100 du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur.
56. CJCE, *Leclerc*, 1985, observations de la Commission européenne, paragraphe 2.3, p. 22.

condamner les dispositions françaises sur la base de l'article 28 (ex-article 30 CE). La Cour de justice a rappelé la définition donnée aux mesures d'effet équivalent et a considéré que « tel est notamment le cas d'une réglementation nationale qui règle différemment la situation des produits nationaux et celle des produits importés ou qui défavorise, de quelque façon que ce soit, l'écoulement sur le marché des produits importés par rapport aux produits nationaux[57] ».

C'est le décret d'application de la *Loi Lang* qui a soulevé le plus de controverses. Il concernait des livres importés en France pour la revente mais édités dans un autre État membre. En effet, il accordait à l'importateur chargé d'accomplir les formalités légales le pouvoir discrétionnaire de fixer le prix à un autre détaillant agissant à n'importe quel autre point de la chaîne de distribution. Ainsi, un autre importateur ne pouvait pratiquer un prix correspondant à son prix de revient dans l'État d'édition. La Cour de justice en a déduit « qu'une telle disposition ne se limite donc pas à assimiler le régime des livres importés à celui des livres nationaux, mais [elle a] créé, pour les livres importés, une réglementation distincte qui est susceptible d'entraver le commerce entre les États membres. Une telle disposition doit donc être considérée comme une mesure d'effet équivalent interdite par l'article 30[58] ».

Quant à l'article de la *Loi Lang* qui concernait les livres édités en France, exportés, puis réimportés sur le territoire français, il avait pour effet de placer l'éditeur français en position de force puisqu'il donnait à ce dernier le pouvoir de fixer le prix unique du livre. Or, la pratique de répercuter les prix à la baisse est légitime dans la perspective d'un marché unique européen, mais dans ce cas, elle était impossible. C'est pourquoi, bien que la disposition ait été indistinctement applicable, la Cour a constaté :

> [...] qu'elle défavorise néanmoins l'écoulement sur le marché des livres réimportés, dans la mesure où elle prive l'importateur d'un tel livre de la possibilité de répercuter sur le prix au détail un avantage tiré d'un prix plus favorable obtenu dans un État membre d'exportation. Elle constitue donc une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation interdite par l'article 30[59].

La Cour de justice a donc privilégié les effets concrets et réels de la législation litigieuse sans s'attarder sur la forme de la mesure, laquelle était indistinctement applicable, ce qui lui a permis de la faire entrer dans l'article 28 (ex-article 30 CE) puisqu'elle défavorisait l'écoulement des

57. *Id.*, point 23.
58. *Id.*, point 25.
59. *Id.*, point 26.

produits importés. La législation française sera assez vite rendue conforme au jugement de la Cour de justice puisque dès février 1985, soit juste un mois après le jugement, la France modifiait sa loi concernant le livre par le décret n° 85-272[60].

Cet arrêt sur le prix unique du livre montre bien que les mesures qui restreignent les échanges communautaires, qu'elles soient discriminatoires ou indistinctement applicables, sont interdites, quelle que soit la marchandise visée. Soulignons que la Cour de justice n'a pas du tout suivi les conclusions de l'avocat général qui avait reconnu la particularité du livre à travers les principes de concurrence en se référant à l'approche issue de l'arrêt *Cassis de Dijon*. Les derniers propos de l'avocat relatifs à la nécessité d'un prix unique sont intéressants. En effet, il fait référence à une résolution adoptée par « l'Assemblée des Communautés européennes relative aux prix fixes pour les livres qui a souligné « la spécificité de ce produit particulier » et le danger pour « l'identité culturelle de l'Europe » de soumettre les livres « au jeu des forces du marché libre »[61] ». L'avocat a alors été étonné par cette convergence, qui traduit, « dans les États membres comme au Parlement européen, une volonté, celle de préserver le livre et, à travers lui, la création littéraire, donc la culture des pays qui composent la Communauté. On ne peut dès lors aborder un tel enjeu en simples termes de marché. Le choix est donc à faire entre un risque hypothétique d'ordre économique et un risque certain de nature culturelle[62]. »

La Cour de justice a ignoré cette recommandation et a choisi le risque hypothétique d'ordre économique. Elle a confirmé par la suite ce jugement à deux occasions[63].

Nous venons de montrer que la notion de mesures d'effet équivalent comprend les mesures étatiques applicables aux biens culturels si elles ont pour effet de restreindre les échanges de marchandises. Il faut donc voir ce qu'il est advenu des mesures prises à l'égard des biens culturels depuis l'évolution jurisprudentielle de 1993 puisque cette dernière est venue préciser cette notion.

---

60. *Décret* n° *85-272 du 26 février 1985*, ainsi que la circulaire, JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, JORF du 27 février 1985.
61. CJCE, *Leclerc*, 1985, conclusions de l'avocat général, M. Darmon, p. 16. Résolution du PARLEMENT EUROPÉEN DU 13 FÉVRIER 1981 SURLES PRIX FIXES POUR LES LIVRES, JOCE n° C 50 du 9 mars 1981, p. 103.
62. CJCE, *Leclerc*, 1985, conclusions de l'avocat général, M. Darmon, p. 16.
63. CJCE, arrêt du 11 juillet 1985, aff. 299/83, *SA Saint-Herblain, Centre distributeur Leclerc, et autres* c. *Syndicats des libraires de Loire-Océan*, Rec., p. 2515 ; CJCE, arrêt du 10 juillet 1986, aff. 95/84, *Boriello* c. *Alain Darras et Dominique Tostain*, Rec., p. 2253.

1.1.3.2 L'incidence de l'arrêt *Keck et Mithouard* sur la réglementation des États applicable aux biens culturels

Les nouvelles précisions apportées par la Cour de justice dans cet arrêt sur la notion de mesure d'effet équivalent sont importantes puisque, si la mesure concerne les méthodes de commercialisation du produit et qu'elle respecte certaines conditions, un État membre peut légiférer sans aller à l'encontre du principe communautaire de libre circulation des marchandises. En effet, nous avons vu que, depuis cet arrêt, les mesures de cet ordre n'entrent plus dans le champ d'application de l'article 28 (ex-article 30 CE) et ne sont donc plus soumises aux dispositions de ce dernier. Dans l'arrêt *Leclerc-Siplec*[64] de 1995, la Cour de justice a eu l'occasion d'affirmer cette nouvelle tendance à l'égard de mesures relatives aux biens culturels, même si elle l'a fait de façon indirecte.

Les faits inhérents à cet arrêt sont les suivants. Les Centres Édouard-Leclerc, les mêmes magnats de la distribution alimentaire, ont élargi leurs activités au secteur de l'essence par l'entremise de la filiale Leclerc-Siplec. Cette dernière a demandé aux sociétés françaises de publicité télévisée, TF1 Publicité et M6 Publicité, de diffuser à la télévision un message publicitaire sur la distribution de carburant dans ses supermarchés. Or, l'article 8 du décret français n° 92-280 du 27 mars 1992[65] interdisait la publicité télévisée dans le secteur de la distribution, et c'est pourquoi TF1 et M6 ont refusé de procéder à une telle diffusion. Devant l'attitude des sociétés de publicité, Leclerc a assigné ces dernières devant le Tribunal de commerce de Paris et l'a invité à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel. Soulignons que la disposition française excluait également la publicité à la télévision des boissons alcoolisées comprenant plus de 1,2 degré d'alcool, mais aussi, et surtout, celle de l'édition littéraire, du cinéma et de la presse. Le but de la France était de protéger la presse quotidienne régionale en obligeant les secteurs visés à diffuser leurs messages publicitaires dans les journaux, et non à la télévision. C'est ici que cet arrêt devient intéressant pour notre étude et qu'il justifie que nous nous y attardions. En effet, le jugement rendu par la Cour de justice, même s'il est question de l'interdiction de publicité dans le secteur de la distribution, vaut aussi pour les autres secteurs culturels mentionnés dans la loi française.

---

64. CJCE, arrêt du 9 février 1995, aff. C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec* c. *TF1 et M6 Publicité SA*, Rec., p. 179 (ci-après cité « CJCE, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec*, 1995 »).

65. Ce décret a été pris pour l'application de l'article 27, alinéa 1, de la *Loi du 30 septembre1986 relative à la liberté de communication et qui fixe les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage*, JORF du 28 mars 1992.

Les juges communautaires se sont prononcés sur la compatibilité de la mesure avec l'article 28 (ex-article 30 CE). Leur raisonnement s'appuie sur les précisions apportées par l'arrêt *Keck et Mithouard* sur la notion de mesure d'effet équivalent. Après avoir rappelé la définition de l'arrêt *Dassonville*, la Cour de justice a constaté que la mesure législative en cause n'avait pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres. Par contre, elle a reconnu que cette dernière était susceptible de restreindre le volume des ventes et, par conséquent, celui des produits en provenance d'autres États membres. Se posant la même question que dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, elle s'est demandé si cette éventualité suffisait pour qualifier la législation française de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation au sens de l'article 28 (ex-article 30 CE). La Cour a alors rappelé sa jurisprudence de 1993 et a ramené ses affirmations au cas d'espèce où elle a constaté que la législation litigieuse « concerne des modalités de vente en ce qu'elle interdit une certaine forme de promotion (publicité télévisée) d'une certaine méthode de commercialisation (distribution) de produits[66] ». Elle a ensuite souligné que la mesure s'appliquait à tous les opérateurs économiques, sans distinction selon les produits, ce qui lui a permis de conclure que « l'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas au cas où un État membre, par voie législative ou réglementaire, interdit la diffusion de messages publicitaires télévisés en faveur du secteur économique de la distribution[67] ».

La Cour de justice a confirmé cet arrêt à deux reprises dans le contexte d'une mesure interdisant certaines modalités de vente lors de messages publicitaires[68]. Si dans ces dernières affaires la Cour de justice ne pouvait que suivre le raisonnement qu'elle a adopté dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, elle n'a pu le faire dans le cas qui suit. En effet, dans un arrêt de 1997, la mesure autrichienne interdisait l'importation de journaux qui contenaient des jeux assortis de récompense. L'argument du gouvernement autrichien reposait sur la jurisprudence de l'arrêt *Keck et Mithouard* et avançait que la mesure litigieuse portait sur les méthodes de promotion des journaux grâce aux jeux publiés qui permettent aux lecteurs de gagner des prix. La Cour de justice a considéré ce qui suit :

66. CJCE, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec*, 1995, point 22.
67. *Id.*, points 23 et 24.
68. CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-34/95–C-36/95, *De Agostini et TV-Shop*, Rec., p. I-3843, et CJCE, arrêt du 28 octobre 1999, aff. C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD)* c. *PRO Sieben Media AG*, Rec., p. I-7599, point 45.

> En l'occurrence, il y a lieu de constater que la législation nationale en cause, quand bien même elle viserait une méthode de promotion des ventes, porte, en l'espèce, sur le contenu même des produits, en ce que les jeux visés par elle font partie intégrante de la revue dans laquelle ils sont insérés. Dans ces conditions, l'application de la législation nationale en cause aux faits de l'espèce ne saurait concerner une modalité de vente au sens de Keck et Mithouard.
>
> En outre, dès lors qu'elle contraint les opérateurs établis dans d'autres États membres à modifier le contenu du journal, l'interdiction en cause compromet l'accès du produit concerné au marché de l'État membre d'importation et, partant, entrave la libre circulation des marchandises. Elle constitue donc, en principe, une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité[69].

Ayant vu les principes communautaires relatifs à la libre circulation des marchandises, et constaté que ces derniers s'appliquent aux mesures concernant les biens culturels, nous nous pencherons maintenant sur les principes communautaires relatifs à la libre prestation de services afin de voir le statut juridique réservé aux services culturels.

1.2 La libre prestation de services (articles 49 et 50, ex-articles 59 et 60 CE)

À côté du principe de libre circulation des marchandises, la libre prestation de services vient parfaire le principe de libre circulation au sein de la Communauté européenne. S'il est vrai qu'ici il est question d'« opérations invisibles », il n'en demeure pas moins que ces transactions deviennent de plus en plus importantes et que l'ère numérique à venir ne fera que renforcer ce constat. Les mesures nationales relatives aux services culturels sont soumises au principe de libre prestation de services. Ainsi, tout comme les mesures restreignant les échanges de biens culturels, les restrictions touchant les services culturels seront également sanctionnées par le droit communautaire.

Dans le vaste domaine que représentent les services culturels, il faut déterminer si les dispositions relatives aux services s'appliquent ou si ce sont plutôt celles qui sont relatives aux marchandises. Il est donc nécessaire de savoir ce que signifie la notion de « service » en droit communautaire. Il faudra ensuite se pencher sur l'interdiction de l'article 49 (ex-article 59 CE) et l'appliquer aux mesures étatiques concernant les services culturels.

---

69. CJCE, arrêt du 26 juin 1997, aff. C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH* c. *Heinrich Bauer Verlag*, Rec., p. I-3689, points 11 et 12.

1.2.1 La notion communautaire de service

1.2.1.1 La définition communautaire du service

À la lecture des articles 49 et 50 (ex-articles 59 et 60 CE), il est possible de dégager une définition communautaire du service. L'article 50 (ex-article 60 CE) dit ceci :

> Au sens du présent traité, sont considérées comme services 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. Les services comprennent notamment :
>
> a) des activités de caractère industriel,
>
> b) des activités de caractère commercial,
>
> c) des activités artisanales,
>
> d) les activités des professions libérales.
>
> Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants.

Nous croyons utile de reproduire immédiatement l'article 49 (ex-article 59 CE), car il vient compléter la définition de l'article 50 (ex-article 60 CE) :

> Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

Sans étudier la question de manière approfondie, disons simplement que les prestations de services sont tributaires du principe de libre circulation lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : il faut que l'activité soit fournie contre une rémunération et qu'il y ait un lien transfrontière[70]. Cependant, n'oublions pas le caractère résiduaire des prestations de services puisque ces dernières ne seront protégées par l'article 49 (ex-article 59 CE) « que dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes » (article 50, alinéa 1'ex-article 60 alinéa 1 CE). Comme

70. Pour plus de précisions sur ces caractéristiques, voir notamment : J. AUSSANT et R. FORNASIER, *Commentaire MEGRET, Le droit de la CEE*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 57-80 ; J. AUSSANT et R. FORNASIER, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1994, p. 252-268 ; J. MOLINIER, *op. cit.*, note 7, p. 113.

dans le cas de la libre circulation des marchandises, il faudra opérer une distinction selon que la restriction porte sur les échanges de marchandises ou de services[71]. Un autre élément à préciser est que, selon l'article 49 (ex-article 59 CE), les restrictions à la libre prestation de services sont comprises « à l'intérieur de la Communauté » et sont applicables « à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté ».

1.2.1.2 Les services culturels

Selon cette définition communautaire du service, les services culturels entrent dans ce champ d'application, y compris les services concernant le secteur de l'audiovisuel. Dès 1974, dans l'arrêt *Sacchi*, la Cour de justice a affirmé que les messages télévisés se voyaient appliquer les règles relatives à la prestation de services. En effet, elle a énoncé « qu'en l'absence de dispositions expresses contraires du traité un message télévisé doit être considéré, en raison de sa nature, comme une prestation de services[72] ». Cette thèse a été réaffirmée six ans plus tard par la Cour de justice, dans l'arrêt *Debauve*, et a été élargie à la télédistribution : « l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de services. Il n'y a aucune raison de réserver un traitement différent à la transmission de tels messages par voie de télédistribution[73]. »

Les juges, dans cet arrêt, ont aussi mentionné que « les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne pourraient s'appliquer aux activités dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre[74] », se rapprochant ainsi du caractère transfrontalier requis par l'article 49 (ex-article 59 CE).

En 1988, dans l'arrêt *Bond Van Adverteerders*, les juges communautaires ont précisé que la câblodistribution devait être considérée comme un service. Par ailleurs, ils ont réaffirmé les principes déjà dégagés dans l'arrêt

---

71. À cet égard, l'arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985, aff. 60/84 et 61/84, qui sera étudié ultérieurement, a permis à la Cour de justice de dire « qu'on ne saurait qualifier de « services » au sens du Traité, les travaux de fabrication de vidéocassettes, dès lors que les prestations du fabricant de tels produits conduisent directement à la fabrication d'un objet matériel qui fait, d'ailleurs, l'objet de classification au tarif douanier commun » (attendus 10 et 11).
72. CJCE, *Sacchi*, 1974, attendu 6.
73. CJCE, arrêt du 18 mars 1980, aff. 52/79, *Procureur du roi* c. *Debauve, Denuit, Lohest, SA Coditel et l'association liégeoise d'électricité*, Rec., p. 833, point 8 (ci-après cité « CJCE, *Procureur du roi*, 1980 »).
74. *Id.*, point 9.

Sacchi, à savoir que les programmes télévisés sont des prestations de services au sens des articles 49 et 50 (ex-articles 59 et 60 CE) :

> [...] la diffusion, par l'intermédiaire d'exploitants de réseaux de câbles établis dans un État membre, de programmes télévisés offerts par des émetteurs établis dans d'autres États membres et contenant des messages publicitaires destinés spécialement au public de l'État de réception comporte plusieurs prestations de services au sens des articles 59 et 60 du traité[75].

L'arrêt *ERT*, du 18 juin 1991, a permis à la Cour de justice de préciser que les règles relatives aux services étaient applicables à un monopole public de télévision. Ainsi, elle a estimé que, « étant donné que ces questions concernent un monopole de services, il y a lieu de considérer qu'elles visent non seulement les règles du traité en matière de libre circulation des marchandises, mais également celles relatives à la libre prestation de services et notamment l'article 59[76] ».

Ajoutons que, dans l'arrêt *TV 10*[77] de 1994, la Cour de justice a reconnu que la notion de prestation de services comprenait la diffusion par voie de télédistribution des émissions télévisées offertes par un organisme de radiodiffusion situé dans un autre État membre.

En ce qui concerne les films, soulignons que leur commercialisation est considérée comme un service en droit communautaire. Dans l'arrêt *Coditel II*, qui concernait l'exploitation des droits exclusifs attachés au droit d'auteur, la Cour de justice a précisé que « le film appartient à la catégorie des œuvres littéraires et artistiques mises à la disposition du public par la voie de représentations qui peuvent se répéter à l'infini et dont la commercialisation relève de la circulation des services, quel que soit son mode de diffusion publique, cinéma ou télévision[78] ».

En effet, c'est le support, moyen qui permet de véhiculer l'œuvre en tant que telle, qui se voit appliquer le principe de libre circulation des marchandises. Dans son arrêt *Federacion de distribuidores cinematograficos* de 1993, la Cour de justice a réaffirmé que « l'exploitation de films en salle ou à la télévision [...] est une activité qui relève de la libre prestation des services[79] ». Cet arrêt a surtout confirmé la définition du service telle

---

75. CJCE, arrêt du 26 avril 1988, aff. 352/85, *Bond Van Adverteeders* c. *État néerlandais*, *Rec.*, p. 2124, point 17 (ci-après cité « CJCE, *Bond Van Adverteeders*, 1988 »).
76. CJCE, *Ert*, 1991, point 7.
77. CJCE, arrêt du 3 octobre 1994, aff. C-23/93, *TV 10*, Rec. p. I-4595, point 15.
78. CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. 262/81, *Coditel II*, Rec., p. 3381, point 11.
79. CJCE, arrêt du 4 mai 1993, aff. C-17/92, *Federacion de distribuidores cinematograficos (Fedicine)* c. *Estado Espanol*, Rec., p. I-2266, point 10 (ci-après cité « CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1993 »).

qu'elle est prescrite par les articles 59 et 60 (devenus 49 et 50 CE), à savoir le caractère transfrontalier du service et la prestation contre rémunération[80].

Les travaux préparatoires à la mise en place de la directive *Télévision sans frontières* ont confirmé cet acquis jurisprudentiel. En effet, lors de la soumission de la proposition de la directive, présentée par la Commission européenne au Conseil en 1986, le dixième considérant a affirmé que tous les services, y compris culturels, sont visés par le Traité :

> [...] le traité n'exclut de son champ d'application aucun service de cette nature en raison de son caractère particulier, comme par exemple ses aspects ou ses implications culturels, mais prévoit la libération et la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération, qui sont par conséquent considérés par le traité, sans préjudice de leur contenu culturel ou autre, comme des activités économiques dont le développement harmonieux est l'un des objectifs de la Communauté[81].

À la fin des années 80, l'adoption de la directive *Télévision sans frontières* a scellé ce principe en réitérant que tous les services culturels sont soumis au principe de libre prestation : « le traité prévoit la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération, sans exclusion liée à leur contenu culturel ou autre et sans restriction à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire du service[82] ».

Il est donc clair, à la suite de ces développements, que les services culturels, y compris ceux du secteur de l'audiovisuel, sont considérés comme des services en droit communautaire. L'interdiction de l'article 49 (ex-article 59 CE) est dès lors applicable.

1.2.2 L'interdiction des restrictions à la libre prestation de services (article 49, ex-article 59 CE)

L'article 49 (ex-article 59 CE) a été rédigé avec le même souci que l'article 28 (ex-article 30 CE), le premier reflétant dans les services ce que constitue le second pour les marchandises. C'est pourquoi les principes dégagés

---

80. *Id.*, point 11.
81. *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*, COM (1986) 146 final ; également dans JOCE n° C 179 du 17 juillet 1986, p. 4-10.
82. *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*, JOCE n° L 298 du 17 octobre 1989.

seront similaires quoique différents sur certains aspects étant donné les caractéristiques propres attachées aux services. Nous estimons utile de reproduire à nouveau les termes de l'article 49 (ex-article 59 CE) : « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation ». Quelles sont, en l'occurrence, les restrictions visées par cette disposition ? *A priori*, et à la lecture de cet article, il semblerait que toutes les entraves à une prestation de services soient prohibées étant donné la portée large des termes de ce dernier. Cependant, les travaux des institutions communautaires et de la doctrine, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice, ont permis de préciser ce principe fondamental d'interdiction.

Dès 1962, le Conseil a adopté un programme général en vue de la suppression des restrictions à la libre prestation de services[83]. Ce programme a précisé les obligations des États membres et a permis de mettre en application l'interdiction. En 1974, dans l'arrêt *Van Binsbergen*, la Cour de justice a déclaré que « les articles 59, alinéa 1er, et 60, alinéa 3, ont un effet direct et peuvent, dès lors, être invoqués devant les juridictions nationales ». Cependant, elle a surtout précisé que « les dispositions de l'article 59 comportent l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie[84] ».

Les restrictions doivent donc être comprises comme toutes discriminations, que ces dernières soient évidentes et contenues dans la mesure nationale, ou qu'elles soient moins apparentes mais qu'elles conduisent au même résultat.

---

83. *Règlement du Conseil relatif au Programme général visant la suppression des restrictions à la libre prestation de services*, JOCE n° 2 du 15 janvier 1962, p. 32-62.

84. CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *Van Binsbergen*, Rec., p. 1299, points 25 et 27. Sur ce point, voir également : CJCE, *Procureur du roi*, 1980, point 11 ; CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 205/84, *Commission* c. *Allemagne*, Rec., p. 3355, point 25 ; CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-154/89, *Commission* c. *France*, Rec., p. I-659, point 12, aff. C-180/89, *Commission* c. *Italie*, Rec., p. I-709, point 15, aff. C-199/89, *Commission* c. *Grèce*, Rec., p. I-727, point 16 ; CJCE, ERT, 1991, point 19 ; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. 288/89, *Stiching Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres* c. *Commissariaat voor de Media*, Rec., p. I-4007, point 10 (ci-après cité « CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991 ») ; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. 353/89, *Commission* c. *Pays-Bas*, Rec., p. I-4069, point 14 (ci-après cité « CJCE, *Commission*, 1991 ») ; CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1993, point 13.

Cela précisé, qu'advient-il des restrictions qui touchent les ressortissants des États membres de la même façon, c'est-à-dire celles qui appliquent un traitement égal et qui sont dès lors non discriminatoires ? À la suite de certains arrêts de la Cour de justice, certains auteurs ont soutenu que de telles mesures étaient soumises à l'article 49 (ex-article 59 CE). Selon I.E. Schwartz :

> [...] les articles 59 et 62 interdisent fondamentalement toutes les « restrictions » à la libre prestation des services et non les seules discriminations, de la même façon que les articles 30 et 32 n'interdisent pas seulement les restrictions à l'importation de marchandises (discriminations), mais aussi « toutes mesures d'effet équivalent » et donc, notamment, les restrictions indistinctement applicables aux marchandises importées et aux marchandises nationales[85].

Cette approche a été retenue officiellement par la Cour de justice en 1991 dans l'arrêt *Sager*[86], tout de même de façon tardive comparativement au cas des marchandises, où elle a reconnu que les restrictions à la libre prestation, pour ce qui est des mesures non discriminatoires, sont incompatibles avec l'article 49 (ex-article 59 CE). La Cour de justice a ainsi transposé dans le secteur des services la jurisprudence formulée par l'arrêt *Cassis de Dijon* pour les marchandises. Elle a affirmé ceci :

> [...] l'article 59 du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues[87].

En résumé, lorsqu'il y a restriction à la libre prestation de services, que les mesures soient discriminatoires ou indistinctement applicables, depuis le début des années 90, elles sont interdites. Cependant, le Traité admet les dérogations à ce principe, pour ce qui est des mesures discriminatoires, si elles peuvent être justifiées par une règle dérogatoire issue du Traité (incidence de l'article 46, ex-article 56 CE). Quant aux mesures

---

85. I.E. SCHWARTZ, « Radiodiffusion et Traité CEE », *Revue du Marché commun*, n° 299, 1986, p. 403. Sur la même approche, M. DONY-BARTHOLME, « L'audiovisuel et les règles relatives à la libre prestation des services », dans G. VANDERSANDEN (dir.), *L'espace audiovisuel européen*, Bruxelles, Études européennes, 1991, p. 41.

86. CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Manfred Sager* c. *Dennemeyer & Co. Ltd.*, *Rec.*, p. I-4221 (ci-après cité « CJCE, Manfred Sager, 1991 »). Déjà prévisible : CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-154/89, *Commission* c. *France*, Rec., p. I-659, aff. C-180/89, *Commission* c. *Italie*, Rec., p. I-691, aff. C-198/89, *Commission* c. *Grèce*, Rec., p. I-709. Confirmé par CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991 ; CJCE, *Commission*, 1991.

87. CJCE, *Manfred Sager*, 1991, point 12.

indistinctement applicables à effet restrictif sur les services en provenance d'un autre État membre, elles sont incompatibles, à moins de pouvoir se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général (conséquence de l'acquis jurisprudentiel). Nous verrons ces exceptions dans la seconde partie ; il est temps pour le moment de se pencher sur la portée de l'article 49 (ex-article 59 CE) à l'égard des services culturels.

1.2.3 L'interdiction de principe des restrictions à la libre prestation de services culturels (article 49, ex-article 59 CE)

Dans ce développement, il sera essentiellement question du secteur de l'audiovisuel étant donné que le droit communautaire a eu à se pencher très tôt sur les problèmes soulevés par ce secteur dans la mise en place du principe de libre prestation. Dès le début des années 60, plusieurs initiatives du Conseil, un règlement et deux directives, ont clairement ordonné la suppression des restrictions dans le secteur des services cinématographiques avant la fin de la période de transition. Nous avons déjà parlé du règlement, soit celui qui a été adopté en 1962 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services qui prévoyait les mesures relatives à la cinématographie dans le démantèlement[88]. En ce qui concerne les directives, la première avait pour objet de supprimer les contingents à l'importation qui touchaient les films venant des autres États membres[89]. Quant à la seconde directive, elle obligeait les États membres à éliminer tous les contingents à l'importation des films des autres États membres pour la fin de 1966[90].

À côté de ce règlement et de ces deux directives, la Cour de justice a rendu un nombre important d'arrêts qui confirment que les mesures des États membres concernant les services culturels sont soumises à l'interdiction de l'article 49 (ex-article 59 CE). L'ensemble de la jurisprudence relative à cette question semble toucher essentiellement les services audiovisuels. Les autres services culturels n'ont pas eu une attention aussi

88. *Règlement du Conseil relatif au Programme général visant la suppression des restrictions à la libre prestation de services*, JOCE n° 2 du 15 janvier 1962, p. 32-62. Voir plus précisément le titre V, C, c.

89. Voir les articles 5 et 10 de la *Directive 63/607/CEE du Conseil, du 15 octobre 1963, en vue de la mise en œuvre des dispositions du Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation de services en matière de cinématographie*, JOCE n° 159 du 2 novembre 1963, p. 2661-2663.

90. Voir l'article 7 de la *Directive 65/264/CEE du Conseil, du 13 mai 1965, en vue de la mise en œuvre des dispositions des Programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en matière de cinématographie*, JOCE n° 85 du 19 mai 1965, p. 1437-1439.

particulière de la part des juges communautaires. Mentionnons cependant un arrêt de 1994 qui a sanctionné une mesure espagnole au motif que la législation en cause permettait l'entrée gratuite dans les musées nationaux pour tous, hormis les ressortissants des autres États membres âgés de plus de 21 ans. La Cour a jugé cette disposition discriminatoire et incompatible avec l'article 49 (ex-article 59 CE)[91]. Afin que le développement qui suit soit clair, nous avons regroupé les arrêts portant sur l'audiovisuel selon les services qui ont été soumis à l'attention des juges communautaires.

1.2.3.1 Les arrêts concernant les messages publicitaires

Dans l'arrêt *Bond Van Adverteerders* du 26 avril 1988[92], la loi hollandaise interdisait la diffusion par câble d'émissions de radio et de télévision à partir d'autres États membres lorsque celles-ci comportaient des messages publicitaires destinés spécialement au public néerlandais ou des sous-titrages en néerlandais. Le tribunal de La Haye a posé neuf questions préjudicielles à la Cour de justice, relatives à l'interprétation de l'article 49 (ex-article 59 CE), afin d'apprécier la compatibilité de la loi hollandaise avec le droit communautaire. La première question traitée concernait la définition du service. La Cour de justice devait ensuite déterminer si la législation néerlandaise comportait des restrictions de services interdites par l'article 49 (ex-article 59 CE). Pour ce faire, la Cour de justice a établi une distinction entre la prohibition de diffusion de publicité et celle du sous-titrage hollandais. Elle a constaté ce qui suit :

> [...] il y a une discrimination du fait que l'interdiction de publicité contenue dans la Kabelregeling, prive les émetteurs établis dans d'autres États membres de toute possibilité de diffuser sur leur chaîne des messages publicitaires destinés spécialement au public néerlandais, alors que la loi sur la radiodiffusion nationale prévoit la diffusion de tels messages sur les chaînes nationales au bénéfice de l'ensemble des « omroeporganisaties »[93].

Elle a donc jugé que l'interdiction de publicité comporte bien des restrictions à la libre prestation de services qui sont prohibées par l'article 49 (ex-article 59 CE). Quant à l'interdiction de sous-titrage, les juges communautaires ont considéré qu'elle « n'a d'autre objectif que de compléter l'interdiction de publicité qui [...] comporte des restrictions à la libre prestation des services[94] », et qu'elle constituait donc une infraction à l'article 49 (ex-article 59 CE). Étant donné que dans cette affaire les mesures en

91. CJCE, arrêt du 15 mars 1994, aff. C-45/93, *Commission* c. *Espagne*, Rec., p. I-911, point 4.
92. CJCE, *Bond Van Adverteeders*, 1988.
93. *Id.*, point 26.
94. *Id.*, point 29.

cause étaient discriminatoires, la Cour de justice n'a pas eu d'autre recours que de les juger incompatibles avec l'interdiction des restrictions à la libre circulation des services.

L'arrêt que nous venons de voir a montré que l'approche de la Cour de justice sanctionne toujours les mesures discriminatoires, à moins qu'elles ne puissent se justifier par une disposition du Traité. Nous verrons que tel est également le cas en ce qui concerne d'autres services culturels. Pour le moment, examinons le cas des restrictions à la libre prestation de services qui sont indistinctement applicables aux services culturels nationaux et importés et qui ont une fois encore visé les messages publicitaires. À peine quelques années plus tard, la Cour de justice a eu à nouveau l'occasion de se pencher sur la loi relative à la radiodiffusion néerlandaise et a encore dû déterminer si les dispositions concernant les restrictions à la retransmission des émissions télévisées importées contenant des messages publicitaires étaient compatibles avec le droit communautaire.

Les arrêts du 25 juillet 1991, mieux connus comme les arrêts *Mediawet* (du nom de la loi nationale contestée), sont incontournables, car ils ont apporté des précisions juridiques importantes dans le cas des restrictions indistinctement applicables, à la libre prestation de services culturels. En effet, les mesures litigieuses étaient indistinctement applicables, car ces dernières s'appliquaient tant aux organismes nationaux de télédistribution qu'à ceux qui sont établis en dehors sur le territoire d'un autre État membre. Ces arrêts ont été considérés comme le corollaire de l'arrêt *Cassis de Dijon* puisque la Cour de justice a appliqué aux services le principe qu'elle avait élaboré pour les marchandises. Les arrêts *Mediawet* concernent deux actes de procédure distincts : un renvoi préjudiciel effectué par le tribunal de La Haye et un recours présenté par la Commission européenne contre les Pays-Bas. Cependant, ces deux arrêts ont soulevé des questions quasiment identiques au regard de la compatibilité du droit communautaire avec les dispositions d'une réglementation néerlandaise qui imposait certaines conditions à la retransmission par câble d'émissions de radio et de télévision diffusées depuis un autre État membre et contenant des messages publicitaires destinés au public néerlandais[95].

L'arrêt *Stiching Collectieve Antennevooriening Gouda*[96], premier des deux arrêts *Mediawet*, est le résultat d'un litige qui a opposé l'organisme

95. *Loi du 21 avril 1987 relative à la réglementation du financement des programmes radio et de télévision, de la redevance de l'audiovisuel et du soutien aux organes de presse*, Staatsblad n° 249 du 4 juin 1987.

96. CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991.

néerlandais chargé de contrôler la bonne exploitation du câble à dix gérants de réseau de télédistribution. Ces derniers n'ayant pas respecté les conditions imposées par l'article 66 de la loi sur la radiodiffusion néerlandaise, ils se sont vu infliger des amendes par l'organisme de contrôle, car ils avaient retransmis des émissions télévisées étrangères qui contenaient de la publicité en langue néerlandaise ou alors sous-titrée qui ne satisfaisaient pas aux conditions de l'article 66. Celles-ci sont les suivantes : les messages, s'ils contiennent de la publicité, doivent être produits par une personne morale distincte ; ils doivent être clairement désignés comme tels ; ils doivent être clairement séparés des autres parties de l'émission et ne pas être diffusés le dimanche ; la durée de ces messages ne doit pas dépasser 5 p. 100 du temps d'antenne utilisé ; les recettes publicitaires doivent être attribuées à la production des émissions.

La Cour de justice, après avoir rappelé sa base jurisprudentielle en la matière, a constaté que les conditions contenues dans l'article 66 de la loi sur la radiodiffusion néerlandaise contenaient deux restrictions à la libre prestation de services :

> D'une part elles empêchent les gérants de réseau de télédistribution établis dans un État membre de transmettre des programmes de radio ou de télévision offerts par des émetteurs établis dans d'autres États membres, qui ne satisfont pas ces conditions. D'autre part, elles limitent les possibilités qu'ont ces émetteurs de programmer au profit de publicitaires établis notamment dans l'État de réception des messages destinés spécialement au public de cet État[97].

La Cour de justice a donc jugé que les conditions imposées par l'article 66 étaient des restrictions à la libre prestation de services.

Dans le second arrêt *Mediawet*, soit *Commission* c. *Pays-Bas*[98], hormis les conditions litigieuses de l'article 66 où la Cour de justice a jugé dans des termes similaires que cette disposition était incompatible avec l'article 59[99], un autre article contenu dans la loi néerlandaise était remis en cause, l'article 61, lequel obligeait les organismes nationaux de radiodiffusion qui désiraient produire eux-mêmes leurs propres émissions à utiliser les structures et moyens techniques d'une société néerlandaise, le Bedrijf. La Cour de justice a constaté « que le système mis en place par l'article 61 de la *Mediawet* conduit effectivement à une restriction à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté au sens de l'article 59 du traité ». En effet, elle a considéré que :

97. *Id.*, point 17.
98. CJCE, *Commission*, 1991.
99. *Id.*, point 38.

> [...] l'obligation faite à tous les organismes nationaux de radiodiffusion établis dans un État membre de recourir en tout ou en partie aux moyens techniques offerts par une entreprise nationale, empêche ces organismes ou limite, en tout cas, leurs possibilités de s'adresser aux services des entreprises établies dans d'autres États membres. Elle comporte donc un effet protecteur en faveur d'une entreprise de services établie sur le territoire national et défavorise, dans la même mesure, les entreprises du même type établies dans d'autres États membres[100].

Plus récemment, toujours en matière de diffusion de la publicité, la Cour de justice a dit que « dès lors qu'elle limite la possibilité pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle établis dans l'État d'émission de diffuser une publicité au profit des annonceurs établis dans d'autres États membres, une telle réglementation comporte une restriction à la libre prestation de services[101] ».

1.2.3.2 Les monopoles de télévision

Nous avons déjà vu l'arrêt *ERT*[102], du 18 juin 1991, dans l'étude du principe de libre circulation des marchandises. Cet arrêt concernait le monopole de la télévision hellénique, concédé à l'ERT par une loi de 1987, qui comprenait à la fois la diffusion et la transmission des émissions télévisées. La Cour de justice a considéré que « l'égalité des chances entre la diffusion des propres programmes et la retransmission des programmes d'autres États membres risque, dès lors, d'être sérieusement compromise[103] ». Le monopole avait donc pour conséquence une discrimination entre les émissions télévisées nationales et celles des autres États membres. La Cour de justice a rappelé que « les règles relatives à la prestation de services s'opposent à une réglementation nationale qui a de tels effets discriminatoires ». Elle a jugé que « l'article 59 du traité s'oppose à une réglementation nationale qui crée un monopole de droits exclusifs de diffusion d'émissions propres et de retransmission d'émissions en provenance d'autres États membres, lorsqu'un tel monopole entraîne des effets discriminatoires au détriment des émissions en provenance d'autres États membres[104] ».

---

100. *Id.*, points 22 et 23.
101. CJCE, arrêt du 28 octobre 1999, aff. C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD)* c. *PRO Sieben Media AG*, Rec., p. I-7599.
102. CJCE, ERT, 1991.
103. *Id.*, point 22.
104. *Id.*, points 24 et 26.

1.2.3.3 La distribution des films

Nous savons que l'arrêt *Federacion de distribuidores cinematograficos* (Fedicine)[105], du 4 mai 1993, a permis de qualifier la distribution de film comme relevant de la prestation de services. Rappelons que cet arrêt concernait une loi espagnole qui obligeait les distributeurs de films à distribuer un film espagnol lorsque ces derniers voulaient distribuer un film de pays tiers qui devait, en plus, être doublé. La Cour de justice a considéré que, « en liant l'octroi de licences de doublage de films en provenance de pays tiers au tournage et à la distribution de films espagnols, le Real Decreto Legislativo avantage les producteurs de ces derniers films par rapport aux producteurs établis dans d'autres États membres qui entendent distribuer leurs films en Espagne[106] ».

Étant donné que des mesures discriminatoires ne sont pas compatibles avec l'article 49 (ex-article 59 CE), à moins qu'elles ne relèvent d'une disposition dérogatoire du Traité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (nous verrons cette question lors de l'analyse de l'article 46 (ex-article 56 CE)), la Cour de justice a décrété « que les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation nationale réservant l'octroi de licences de doublage, dans l'une des langues officielles nationales, de films en provenance de pays tiers aux distributeurs qui s'engagent à distribuer des films nationaux[107] ».

L'examen du secteur de l'audiovisuel nous a permis de montrer que les mesures nationales restrictives concernant les services culturels sont bien soumises au principe de libre prestation. Nous verrons maintenant certaines dispositions des traités, la théorie jurisprudentielle fondée sur les exigences impératives et les raisons impérieuses d'intérêt général, ainsi que la directive *Télévision sans frontières*, qui viennent relativiser la portée des principes de libre circulation et de libre prestation.

2 Les dérogations à l'application des principes de libre circulation et de libre prestation aux biens et services culturels

Nous avons vu dans la première partie de notre article que les mesures étatiques et les restrictions qui entravent les échanges des biens et services culturels sont soumises aux interdictions des articles 28 et 49 (ex-articles 30 et 59 CE). Toutefois, le droit communautaire prévoit dans certains cas

105. CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1993.
106. *Id.*, point 14.
107. *Id.*, point 22.

un statut particulier pour les biens et services culturels. En effet, il existe dans les traités des dispositions et des exceptions générales qui assurent un tel statut. Par ailleurs, la théorie jurisprudentielle fondée sur les exigences impératives et les raisons impérieuses d'intérêt général constitue une porte de secours pour les politiques culturelles nationales si l'État membre se conforme aux conditions requises. En ce qui concerne le droit dérivé, l'étude de la directive *Télévision sans frontières* est nécessaire : bien qu'elle préconise la libre circulation des émissions télévisées, elle doit tout de même être considérée comme un instrument qui accorde une place particulière aux émissions de télévision étant donné les quotas mis en place.

2.1 Les dispositions et les exceptions générales des traités

Les dispositions générales se différencient des exceptions générales, car les premières n'exemptent pas de manière formelle la culture de même que les biens et services culturels, mais reconnaissent plutôt un statut particulier à ces derniers. Parmi les dispositions générales, notons l'article 151 (ex-article 128 CE) et le *Protocole sur le système de radiodiffusion publique* annexé par le Traité d'Amsterdam qui assurent la préservation de certains objectifs culturels. Les exceptions générales, quant à elles, permettent d'exclure certains biens et services culturels du champ d'application des principes de libre circulation. Il faut donc savoir si un État membre pourrait utiliser ces dernières en vue de préserver les mesures relatives aux biens et services culturels qu'il édicte.

2.1.1 Les dispositions générales assurant un statut particulier aux biens et services culturels

Officiellement exclue des textes fondateurs, la culture a malgré tout été l'objet d'une attention particulière dans certaines initiatives prises par les institutions européennes et dans la jurisprudence de la Cour de justice. Ce n'est qu'au début des années 90 que la culture devient un enjeu tellement important qu'une place lui est faite dans la construction européenne parmi les autres objectifs, notamment économiques. La signature du Traité sur l'Union européenne, ou Traité de Maastricht, a soulevé énormément de problèmes entre les États membres sur le plan politique, problèmes qui ont laissé peu de place à un véritable débat public concernant l'introduction de dispositions sur la culture[108]. Pourtant, selon les propos de certains auteurs,

108. T. MARGUE, « L'action culturelle de la Communauté européenne », *Revue du Marché de l'Union européenne*, n° 2, 1993, p. 171. Voir cependant : J.M. FRODON, « Droit de cité pour la culture », *Le Monde*, 18 septembre 1992.

plusieurs États membres, dont l'Allemagne, ont manifesté beaucoup de réticences quant à l'insertion d'un article relatif à la culture, et l'adoption de ce dernier n'a pas été facile[109]. Malgré cela, le titre XII (ex-titre IX CE) et son article 151 (ex-article 128 CE)[110], auquel le Traité d'Amsterdam a ajouté des précisions, reconnaissent explicitement une compétence communautaire dans la culture. Ce traité a aussi innové en matière de radiodiffusion puisqu'il a annexé au Traité CE un protocole qui consacre le système de radiodiffusion publique des États membres.

2.1.1.1 L'article 151 (ex-article 128 CE)

Le contenu de la disposition

Selon le premier paragraphe de l'article 151 (ex-article 128 CE), la Communauté européenne « contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale ». L'action de la Communauté européenne dans la culture se limite donc à une simple participation des institutions communautaires qui doit favoriser le développement des cultures des États membres. Cette action n'a pas pour autant dénué les États membres de leur compétence puisque cette dernière devra s'exercer en respectant le principe de subsidiarité. En effet, le paragraphe 2 de l'article 151 CE précise que « l'action de la Communauté vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leurs actions ». Cette coopération touche les domaines énumérés dans ce paragraphe et semble être strictement limitée à ces derniers. Sont notamment visées la création artistique et la création littéraire, y compris dans le secteur audiovisuel. La Communauté européenne

109. En effet, l'Allemagne ne voyait pas d'un bon œil l'insertion de la Communauté européenne dans la culture étant donné que les compétences culturelles sont du ressort des provinces (les *Länder*) et que le gouvernement fédéral n'a qu'un faible rôle à jouer dans ce domaine. Voir L. BEKEMANS et A. BALODIMOS, « Le Traité de Maastricht et l'éducation, la formation professionnelle et la culture », *Revue du Marché de l'Union européenne*, n° 2, 1993, p. 105 ; G. VANDERSANDEN et L. DUBOUIS, *Commentaire MEGRET, Le droit de la CEE*, notamment « La place de la culture dans la CE, analyse de l'article 128 », 2e éd., Bruxelles, Études européennes, n° 8, 1996, p. 9. Voir aussi certains auteurs qui ont précisé que, si l'insertion de la disposition avait fait l'objet d'un consensus entre les États membres, il en avait été autrement sur le plan du contenu de la disposition : F. LAFAY, « Commentaire de l'article 128 », dans V. CONSTANTINESCO, P. KOVAR et D. SIMON, *Traité sur l'Union européenne*, Paris, Economica, 1995, p. 366.

110. Il faut préciser qu'une autre disposition relative à la culture a été introduite par ce traité : l'article 3 p) (devenu l'article 3 paragraphe 1 q) CE) précise que « l'action de la Communauté comporte dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : q) une contribution à [...] l'épanouissement des cultures des États membres ».

doit aussi encourager la coopération internationale dans le domaine de la culture (article 151 (3) CE). Les actions de coopération de la Communauté européenne contenues dans ces trois premiers paragraphes n'ont pas de conséquences majeures pour l'objet de notre étude. Il en va différemment du paragraphe 4 de l'article 151 CE.

L'introduction de cette disposition dans le corpus communautaire présente plus d'intérêt pour notre propos, car, désormais, la Communauté européenne « tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité ». Il faut donc comprendre que lors de l'élaboration de la politique de concurrence, par exemple, l'action de la Communauté européenne devrait prendre en considération la variable culturelle, si cela est nécessaire. Par ailleurs, le Traité d'Amsterdam a ajouté à cette disposition une phrase importante selon laquelle la Communauté européenne tient compte dans son action des aspects culturels « afin, notamment, de promouvoir la diversité de ses cultures ».

Le paragraphe 5 de l'article 151 CE précise de quelles manières les institutions communautaires peuvent contribuer à l'atteinte des objectifs visés. D'une part, le Conseil peut adopter, à l'unanimité, « des actions d'encouragement », après consultation du Comité des régions, et doit se conformer à la procédure visée dans l'article 251 (ex-article 189 B CE) (le Parlement européen a donc un mandat essentiel dans le processus de codécision). Il est toutefois exclu que le Conseil procède à une harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, car ceux-ci « étaient très réticents pour donner à la Communauté ces nouvelles compétences, dans les domaines de l'éducation et de la culture[111] ». D'autre part, le Conseil peut adopter, toujours à l'unanimité, des « recommandations » sur proposition de la Commission européenne. Toutes les institutions communautaires sont ainsi engagées dans la mise en œuvre de l'article 151 CE. Il est cependant regrettable que le Conseil soit contraint de statuer à l'unanimité sur ces questions[112]. En effet, certaines actions dans des

111. L. BEKEMANS et A. BALODIMOS, *loc. cit.*, note 109, p 132. Certains auteurs nous apprennent que c'est l'Allemagne qui a demandé à ce que cette disposition ne puisse être utilisée comme base pour harmoniser les législations nationales dans ce domaine : J. CLOOS et autres, *Le Traité de Maastricht*, 2e éd., Bruxelles, Organisation internationale et relations internationales, Établissements Émile Bruylant, 1994, p. 331 ; F. LAFAY, *loc. cit.*, note 109, 371 ; A. LANGE, « Descartes, c'est la Hollande. La Communauté européenne : culture et audiovisuel », *Quaderni*, n° 19, hiver 1993, p. 92.

112. Deux paradoxes peuvent résulter de cette condition de vote à l'unanimité, soit « bloquer la démarche de « refondation » culturelle au moment où la culture est enfin prise en compte dans les textes de l'Union [et] rendre très difficiles les évolutions souhaitables des programmes empiriques mis en place antérieurement par la Commission et le Parlement » : A. RIOU, « La culture et le Traité de Rome », *Les Petites Affiches*, n° 81, 1996, p. 38.

domaines trop sensibles risquent de ne jamais être adoptées, faute d'obtenir l'assentiment de tous les États membres étant donné les divergences qui persistent entre eux sur la culture. Cette condition a été insérée à la demande des *Länder* au regard de leur compétence exclusive dans ce domaine, « mais surtout parce que l'audiovisuel fait partie en Allemagne de la politique culturelle[113] ». Cette procédure de décision aurait peut-être pu être assouplie puisque le Parlement européen avait demandé que ce vote ne soit plus pris à l'unanimité mais à la majorité[114]. Lors des préparatifs de la Conférence intergouvernementale 2000, la France avait également donné son avis sur cette question et partageait l'approche du Parlement[115]. Cependant, après la tenue de cette conférence, dont la conclusion a eu lieu à Nice, la procédure relative aux prises de décision de l'article 151 n'a pas été changée. En effet, l'examen du Traité de Nice, conclu lors du Conseil de décembre 2000 et signé en février 2001, permet de constater qu'aucune modification n'a été apportée concernant la prise de décision de l'article 151[116].

---

113. J. BEKEMANS et A. BALODIMOS, *loc. cit.*, note 109, 133. D'autres auteurs précisent que le Royaume-Uni a également demandé l'introduction de cette forme de procédure pour les prises de décision : J. CLOOS et autres, *op. cit.*, note 111.

114. Voir la *Résolution du Parlement européen du 30 janvier 1997 sur le premier rapport de la Commission européenne sur la prise en compte des aspects culturels dans l'action de la Communauté européenne*, JOCE n° C 55 du 24 février 1997.

115. Voir la *Note de la présidence française sur l'extension du vote à la majorité qualifiée*, 28 septembre 2000, CONFER 4776/00, p. 29 : CIG, *Résultats de la CIG*, [En ligne], 2000, [http ://europa.eu.int/comm/archives/igc2000/geninfo/fact-sheets/fact-sheet1/index_fr.htm] (janvier 2001).

116. *Traité de Nice, modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, JOCE n° C 80 du 10 mars 2001, p. 1. Par contre, précisons qu'en ce qui concerne les prises de décision de l'article 133 (ex-article 113 CE), relatif à la politique commerciale commune, l'alinéa 8 de l'article 2 du Traité de Nice mentionne dans la nouvelle rédaction de l'article 133, le paragraphe 6, selon lequel « [u]n accord ne peut être conclu par le Conseil s'il comprend des dispositions qui excéderaient les compétences internes de la Communauté, notamment en entraînant une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres dans un domaine où le présent traité exclut une telle harmonisation. À cet égard, par dérogation au paragraphe 5, premier alinéa, les accords dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, des services d'éducation, ainsi que des services sociaux et de santé humaine relèvent de la compétence partagée entre la Communauté et ses États membres. Dès lors, leur négociation requiert, outre une décision communautaire prise conformément aux dispositions pertinentes de l'article 300, le commun accord des États membres. Les accords ainsi négociés sont conclus conjointement par la Communauté et par les États membres. »

La portée de l'article 151 (4)

La résolution du Parlement européen du 20 janvier 1994 a précisé l'importance des nouvelles obligations de la Communauté européenne depuis l'insertion de l'article 151 (4) : « la Communauté devra tenir compte des aspects culturels, dans la mise en œuvre des différentes politiques, vu que, sur la base de ses nouvelles compétences, il lui est désormais possible, pour la première fois, de donner des orientations en faveur de la culture aux politiques qu'elle mène sur d'autres terrains[117] ».

Dès 1994, la Commission européenne a procédé à une analyse de l'article 151 CE dans une communication intitulée : « L'action de la Communauté européenne en faveur de la Culture[118] ». Cet examen approfondi a porté sur différents points : les finalités de l'action culturelle de la Communauté européenne, ses domaines d'action et les modalités pour y arriver, ainsi que la procédure de codécision. À la suite de cette communication, le Conseil a adopté des conclusions le 10 novembre 1994 qui ont rejoint les principes dégagés dans la communication de la Commission européenne[119].

Concernant plus particulièrement l'application de l'article 151 (4), la Commission européenne a présenté un rapport le 19 avril 1996 relatif à la prise en considération des questions culturelles dans l'action de la Communauté européenne[120]. Dans l'introduction, la Commission européenne a précisé « qu'il s'agit d'une disposition essentielle introduite dans le Traité par les Hautes parties contractantes et qui traduit leur volonté de placer la Culture parmi les objectifs de l'Union. Cette disposition exprime, en effet, l'obligation faite à la Communauté européenne de prendre en considération l'objectif culturel dans l'ensemble de son activité ».

La Commission européenne a ensuite ajouté que le paragraphe 4 de l'article 151 appuyait l'exigence selon laquelle le législateur communautaire doit arriver à concilier les différents objectifs du Traité. Même si elle a souligné que tel avait été le cas dans les actes antérieurs, la Commission européenne a surtout précisé que « cette exigence devient obligatoire et

---

117. *Résolution du Parlement européen du 20 janvier 1994 sur la politique communautaire dans le secteur culturel*, JOCE n° C 44 du 14 février 1994, p. 184 (considérant C).
118. L'action de la Communauté européenne en faveur de la culture, COM (1994) 356 final du 27 juillet 1994, JOCE n° C 235 du 23 août 1994, p. 1.
119. *Conclusions du Conseil du 10 novembre 1994 relatives à la communication de la Commission concernant l'action de la Communauté européenne en faveur de la* culture, JOCE n° C 248 du 9 décembre 1994, p. 1.
120. *Premier rapport sur la prise en compte des aspects culturels dans l'action de la Communauté européenne*, COM (1996) 160 du 18 avril 1996.

systématique, tant pour les actes législatifs que pour les politiques communes » depuis l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne.

Si la Commission européenne considère que l'insertion du paragraphe 4 de l'article 151 a conduit à introduire des obligations contraignantes, certains ont avancé au contraire que « cette clause n'a pas de valeur contraignante, dans le sens où elle n'impose pas une obligation de résultat. Elle oblige seulement à se pencher sur le problème des implications culturelles éventuelles d'une mesure[121]. » Cette affirmation admise de façon générale dans la doctrine est écartée par d'autres auteurs. Ainsi, pour G.S. Karydis, le paragraphe 4 de l'article 151 « fait partie du « bloc de la légalité communautaire », et pourrait ainsi faciliter l'annulation des actes communautaires qui portent atteinte à l'obligation de sauvegarde et du respect de la diversité culturelle nationale[122] ». Cet auteur va même jusqu'à écrire que l'article 151 (4) « pourrait constituer, également, une source d'inspiration très utile, pour un traitement moins sévère, par le juge communautaire, des mesures étatiques qui poursuivent la conservation de la diversité culturelle et la défense des valeurs culturelles contre le jeu des forces du marché[123] ».

Le premier rapport de la Commission européenne sur la prise en considération des aspects culturels dans l'action de la Communauté européenne a permis de rappeler aux autres institutions les nouvelles obligations imposées par le paragraphe 4 de l'article 151. Deux initiatives ont par la suite été prises par les institutions européennes : la résolution du Conseil du 20 janvier 1997 sur l'intégration des aspects culturels dans les actions communautaire[124] et sa décision du 22 septembre 1997 concernant l'avenir de l'action culturelle en Europe[125]. Ces initiatives ont simplement réaffirmé les considérations déjà développées au sujet de l'article 151 (4).

---

121. J. BEKEMANS et A. BALODIMOS, *loc. cit.*, note 109, 135. Dans le même sens : G. VAUDERSANDEN et L. DUBOUIS, *op. cit.*, note 109, p. 8 ; A. LANGE, *loc. cit.*, note 111, 92.
122. G.S. KARYDIS, « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale (1994), 30 (4), *Revue trimestrielle de droit européen* 559.
123. *Ibid.* L'auteur fait référence aux conclusions de l'avocat général, M. Van Gerven, dans l'arrêt *Fedicine*. Ceux-ci vont dans le sens d'une évolution du droit communautaire qui prend désormais en considération les cultures des États membres, notamment avec l'introduction de l'article 151. CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1993, conclusions de l'avocat général, point 22 et suiv. Voir également les auteurs qui ont avancé que l'article 151 a permis de renforcer la théorie jurisprudentielle relative aux exigences impératives et raisons impérieuses d'intérêt général : G. VANDERSANDEN et L. DUBOUIS, *op. cit.*, note 109, p. 6.
124. *Résolution du Conseil du 20 janvier 1997 sur l'intégration des aspects culturels dans les actions de la Communauté*, JOCE n° C 36 du 5 février 1997, p. 4.
125. *Décision du Conseil du 22 septembre 1997 concernant l'avenir de l'action culturelle en Europe*, JOCE n° C 305 du 7 octobre 1997, p. 1.

Plus particulièrement dans le secteur du livre, le Conseil a pris une décision en 1997 qui a invité la Commission européenne à examiner l'incidence de l'article 151 (4) CE sur l'application des règles communautaires aux régimes de prix fixes du livre en vigueur dans les États membres[126]. En 1999, le Conseil a de nouveau convié la Commission européenne à prendre en considération le « rôle particulier du marché du livre dans la culture et [...] la valeur particulière des livres en tant qu'objet culturel, ainsi que des politiques culturelles pertinentes menées au niveau national[127] ». En ce qui concerne l'audiovisuel, la Commission européenne a proposé une décision du Conseil portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes (MÉDIA Plus — Développement, Distribution et Promotion) (2001-2005) qui a été adopté à la fin de 2000 et fait référence aux obligations de l'article 151 (4)[128]. Dans le contexte de l'établissement du programme intitulé : « Culture 2000 », la décision du Parlement européen et du Conseil du 14 février 2000 fait explicitement référence au paragraphe 4 de l'article 151[129]. Il semble donc que ce paragraphe produise des effets positifs sur l'action de la Communauté européenne dans le secteur culturel. Voyons maintenant ce qu'il en est en ce qui concerne le *Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres* entré en vigueur depuis le Traité d'Amsterdam.

---

126. *Décision du Conseil du 22 septembre 1997, relative à un système transfrontière de prix fixes du livre dans les zones linguistiques européennes*, JOCE n° C 305 du 7 juillet 1997, p. 2. Voir aussi : *Résolution du Parlement européen du 20 novembre 1998 sur un système transfrontière de prix fixes du livre*, JOCE n° C 379 du 7 décembre 1998, p. 397.
127. *Résolution du Conseil du 8 février 1999, concernant le régime de prix fixes du livre dans les zones linguistiques transnationales homogènes*, JOCE n° C 42 du 17 février 1999, p. 3. Voir aussi la *Résolution du Parlement européen du 16 décembre 1999 sur le système transfrontière de prix fixes du livre*, JOCE n° C 296 du 18 octobre 2000, p. 210. Voir, enfin, la *Résolution du Conseil du 12 février 2001 concernant l'application des systèmes nationaux de fixation du prix du livre*, JOCE n° C 73 du 6 mars 2001, p. 3.
128. *Décision du Conseil du 20 décembre 2000 portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes (MEDIA Plus — Développement, Distribution et Promotion) (2001-2005)*, JOCE n° L 13 du 17 janvier 2001, p. 34. Voir aussi le considérant 11 de la proposition. *Communication de la Commission relative à une proposition de programme de soutien à l'industrie audiovisuelle européenne (MÉDIA Plus — 2001-2005)*, COM (1999) 658 final du 14 décembre 1999.
129. Voir les considérants 3, 5 et 7. *Décision* n° *508/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 février 2000, établissant le programme « Culture 2000 »*, JOCE n° L 63 du 10 mars 2000, p. 1.

2.1.1.2 *Le Protocole* (no 32) *sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres* (1997)

L'insertion du *Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres*, annexé au Traité CE par le Traité d'Amsterdam, marque la volonté de la Communauté européenne de consacrer la radiodiffusion de service public comme un instrument de la démocratie. Ce protocole précise ce qui suit :

> [...] les dispositions du traité instituant la Communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte.

En précisant que les États membres sont autorisés à financer les organismes de radiodiffusion du secteur public, ce protocole a pris en considération le rôle culturel de ces derniers à travers leur mission de service public. Il a aussi spécifié que le financement ne serait possible que si ce dernier n'entravait pas les conditions des échanges et de concurrence. Ainsi, il ressort de ces constatations que le protocole en question a essayé de concilier les intérêts économiques et culturels des organismes de radiodiffusion en permettant notamment leur financement public.

Dans sa résolution du 25 janvier 1999, le Conseil a repris les dispositions du Protocole d'Amsterdam, ce qui confirme que la Communauté européenne reconnaît le rôle majeur du service public de radiodiffusion dans les sociétés[130].

2.1.2 Les exceptions générales des traités

Les exceptions générales, c'est-à-dire les articles 30 et 46 (ex-articles 36 et 56 CE), assurent un régime d'exception, mais ce dernier n'est pas propre aux biens et services culturels, car il concerne également d'autres domaines. Ces articles présentent des caractéristiques communes. Toutefois, les raisons qui peuvent être invoquées afin que l'État membre puisse justifier la mesure prise diffèrent sensiblement. L'étude générale des

---

130. *Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 25 janvier 1999, concernant le service public de radiodiffusion*, JOCE n° C 30 du 5 février 1999, p. 1.

articles 30 et 46 (ex-articles 36 et 56 CE) va permettre de voir qu'il sera difficile, voire impossible, pour les États membres d'avoir recours à ces exceptions générales afin de justifier des mesures discriminatoires à l'égard des biens et services culturels.

2.1.2.1 Les dérogations autorisées par l'article 30 (ex-article 36 CE)

L'exception au principe de libre circulation des marchandises contenue dans l'article 30 (ex-article 36 CE) a souvent été interprétée comme une limite importante à l'interdiction édictée par l'article 28 (ex-article 30 CE). Il est donc nécessaire de voir les notions inhérentes à l'application de l'article 30 (ex-article 36 CE) pour se pencher ensuite sur la portée de cette disposition dans le contexte de la justification d'une mesure étatique qui entrave les échanges de biens culturels.

L'article 30 (ex-article 36 CE) porte sur les exceptions générales au principe de libre circulation des marchandises et reproduit en partie l'article XX du *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1947. La première phrase de l'article 30 (ex-article 36 CE) se lit comme suit :

> Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale.

Cette clause d'exception ne doit pas être regardée comme une réserve de souveraineté selon laquelle certains domaines relèveraient exclusivement de la compétence des États membres. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, l'article 30 (ex-article 36 CE) n'a pas cette vocation[131]. Par ailleurs, cet article n'est applicable qu'en l'absence d'harmonisation communautaire[132]. En effet, ce n'est que dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet de réglementation communautaire que les États membres peuvent prendre des mesures selon les dispositions contenues dans l'article 30 (ex-article 36 CE).

---

131. CJCE, arrêt du 15 décembre 1976, aff. 35/76, *Simmenthal*, Rec., p. 1886 ; CJCE, arrêt du 5 octobre 1977, aff. 7/77, *Tedeschi* c. *Denkavit*, Rec., p. 1576 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 1979, aff. 153/78, *Commission* c. *RFA*, Rec., p. 2564.

132. CJCE, arrêt du 15 décembre 1976, aff. 35/76, *Simmenthal*, Rec., p. 1871 ; CJCE, arrêt du 25 janvier 1977, aff. 46/76, *W. J. G. Bauhuis* c. *État néerlandais*, Rec., p. 57 ; CJCE, arrêt du 5 octobre 1977, aff. 7/77, *Tedeschi* c. *Denkavit*, Rec., p. 1576 ; CJCE, arrêt du 3 octobre 1985, aff. 28/84, *Commission* c. *RFA*, Rec., p. 3097. Plus récemment : CJCE, arrêt du 20 septembre 1994, aff. C-249/92, *Commission* c. *Italie*, Rec., p. I-4311 ; CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-323-93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, Rec., p. I-5077.

La Cour de justice a élaboré les conditions d'application de l'article 30 (ex-article 36 CE). Étant présentée sous la forme d'une énumération, cette disposition doit être interprétée de façon restrictive puisqu'elle vise des cas d'exception. La Cour de justice a maintes fois réitéré ce principe, notamment dans l'arrêt *Oeuvres d'art* où elle a dit que « les exceptions à cette règle fondamentale sont d'interprétation stricte[133] ». Elle a ajouté par la suite la formulation suivante : « les exceptions qu'il énumère ne peuvent être étendues à des cas autres que ceux limitativement prévus[134] ». Par ailleurs, l'article 30 (ex-article 36 CE) a pour objet la protection d'intérêts et de domaines sensibles, et c'est pourquoi la Cour de justice a précisé que ce dernier ne touchait que des « hypothèses non économiques » dès 1961[135]. Suivant son raisonnement, elle a confirmé ensuite que les raisons de politique économique sont à tous égards étrangères à la notion visée dans l'article 30 (ex-article 36 CE)[136]. Il faut aussi préciser que ce dernier ne permet d'exceptions qu'aux articles 28 et 29 (ex-articles 30 et 34 CE) et ne s'étend pas au chapitre sur la libre circulation des marchandises dans son entier (article 25, ex-article 12 CE ; article 31, ex-article 37 CE ; article 87, ex-article 92 CE ; ou article 90, ex-article 95 CE)[137]. De plus, pour qu'un État membre puisse se justifier au regard de l'article 30 (ex-article 36 CE), il faut, comme nous l'avons vu dans les paragraphes précédents, qu'une mesure nationale soit en cause, et non un comportement d'entreprise qui se verrait alors appliquer les articles 81 et 82 CE (ex-articles 85 et 86 CE) relatifs à la politique de concurrence.

Il ne suffit pas que les mesures qui restreignent les échanges soient mentionnées dans la liste figurant à l'article 30 (ex-article 36 CE) ; elles doivent aussi être « justifiées », selon les termes propres à ce dernier, par

---

133. CJCE, *Commission*, 1968, p. 617, attendu 9 ; CJCE, arrêt du 19 décembre 1968, aff. 13/68, *Société Salgoil* c. *Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, Rec., p. 694 ; CJCE, arrêt du 14 décembre 1972, aff. 29/72, *Spa Marimex* c. *Administration italienne des finances*, Rec., p. 661 ; CJCE, arrêt du 15 décembre 1976, aff. 35/76, *Simmenthal*, Rec., p. 1871 ; CJCE, arrêt du 25 janvier 1977, aff. 46/76, *W. J. G. Bauhuis* c. *État néerlandais*, Rec., p. 5, attendu 12 ; CJCE, arrêt du 17 juin 1981, aff. 113/80, *Commission* c. *Irlande (souvenirs)*, Rec., p. 1625, attendu 7.
134. CJCE, arrêt du 17 juin 1981, aff. 113/80. *Commission* c. *Irlande (souvenirs)*.
135. CJCE, arrêt du 19 décembre 1961, aff. 7/61, *Commission* c. *Italie*, Rec., p. 720 ; CJCE, arrêt du 28 mars 1995, aff. C-324/93, *Evans Medical et Macfarlan Smith*, Rec., p. I-563.
136. « [...] les justifications d'ordre économique ne sont pas couvertes par l'article 36 » : CJCE, arrêt du 17 juin 1981, aff. 113/80, *Commission* c. *Irlande (souvenirs)*, Rec., p. 1625, attendu 7 ; CJCE, arrêt du 7 février 1984, aff. 238/82, *Duphar*, Rec., p. 523, point 23 ; CJCE, arrêt du 11 juin 1985, aff. 288/83, *Commission* c. *Irlande*, Rec., p. 1761, point 28 ; CJCE, arrêt du 5 juin 1986, aff. 103/84, *Commission* c. *Italie*, Rec., p. 1759, point 22.
137. CJCE, 1968.

les raisons qu'il énumère. La Cour de justice affirme d'ailleurs que, « pour pouvoir se prévaloir de l'article 36, les États membres doivent se maintenir à l'intérieur des limites tracées par cette dispositions en ce qui concerne tant l'objectif à atteindre que la nature des moyens[138] ».

C'est l'application du principe de proportionnalité. Un État membre doit donc démontrer que les mesures ne sont pas excessives par rapport au but visé, qu'il y a un lien de causalité entre cette mesure et l'objectif à atteindre et, enfin, que d'autres moyens moins contraignants pour la libre circulation n'existent pas. Les conditions aménagées par la jurisprudence dans les années 80 peuvent se résumer ainsi :

> [...] si les États membres peuvent et doivent légitimement veiller au respect de la santé publique et aux autres objectifs visés par l'article 36, les mesures qu'ils prennent doivent non seulement être en rapport direct avec l'objectif poursuivi, mais aussi être appropriées à celui-ci et rester limitées à ce qui est nécessaire, les mesures qui excèdent ce qui est nécessaire étant considérées comme des obstacles aux échanges intracommunautaires tombant sous la coupe de l'interdiction de l'article 30 du traité[139].

L'article 30 (ex-article 36 CE) autorise donc les États membres à déroger au principe de libre circulation des marchandises puisque des mesures interdites normalement en vertu de l'article 28 (ex-article 30 CE) trouve un statut légal dans cette disposition. Toutefois, les rédacteurs du Traité, en voulant protéger certains domaines, ont aussi voulu préserver le marché puisque la deuxième phrase de l'article 30 (ex-article 36 CE) apporte une limite évidente à la pratique des États. Elle se lit ainsi : « Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.. Cette phrase a soulevé des problèmes d'interprétation au sein de la jurisprudence de la Cour de justice et de la doctrine. Pour sa part, la Cour de justice s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'interprétation de cette phrase et son approche est des plus ambivalentes puisque si, dans certains arrêts, elle a considéré que cette disposition ne posait pas de conditions supplémentaires par rapport aux principes contenus dans la première phrase[140], dans d'autres, elle a envisagé les restrictions comme un moyen de discrimination arbitraire ou comme une restriction déguisée[141].

---

138. *Ibid.*, attendu 10.
139. J.-C. MASCLET, « Les articles 30, 36 et 100 du traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt « Cassis de Dijon » », (1980) 23 (4), *Revue de droit européen* 622.
140. Notamment : CJCE, arrêt du 8 juillet 1975, aff. 4/75, *Rewe*, Rec., p. 843 ; CJCE, arrêt du 23 mai 1978, aff. 102/77, *Hoffman-La Roche*, Rec., p. 1139.
141. CJCE, arrêt du 12 mars 1987, aff. 178/84, *Commission* c. *RFA*, Rec., p. 1227 ; CJCE, arrêt du 12 mars 1987, aff. 176/84, *Commission* c. *Grèce*, Rec., p. 1213.

En ce qui concerne la doctrine, certains ont fait valoir que la deuxième phrase n'avait aucune portée en ce sens qu'elle n'ajoutait rien par rapport aux principes établis dans la première[142]. D'autres, par contre, ont essayé de délimiter la signification de cette phrase. Manfred A. Dause a ainsi précisé que « le critère de la « discrimination arbitraire » au sens de l'article 36, deuxième phrase, du Traité CEE devrait être interprété dans le sens d'une inégalité de traitement grossière, non justifiée ; l'élément constitutif de la « restriction déguisée » est l'expression de l'interdiction d'abus et devrait viser principalement les cas de détournement d'un droit[143] ».

Considérant qu'il n'est pas de notre ressort de résoudre ce dilemme, nous jugeons maintenant important de nous pencher sur les incidences que pourrait avoir l'article 30 (ex-article 36 CE) sur les biens culturels.

Les biens culturels visés par l'article 30 (ex-article 36 CE) sont les trésors nationaux. Ainsi, parmi tous les biens culturels, seule la raison de « protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique » est visée par l'article 30 (ex-article 36 CE). La Cour de justice n'a jamais interprété cette notion : elle l'a juste abordée dans l'arrêt *Œuvres d'art* de 1968[144]. Malgré l'interprétation restrictive de cet article, la Cour de justice a allongé la liste des raisons pouvant être invoquées en y

142. « [...] la deuxième phrase de l'article 36 peut donc être considérée comme introduisant une précaution intellectuelle supplémentaire, une sorte de « contre-filet » à toute épreuve dans le but d'assurer une étanchéité parfaite aux limites d'application de cet article et de prévenir toute tentative d'échapper au filet de sa première phrase » : A. MATTERA, *op. cit.*, note 13, p. 599. Pour un examen détaillé sur la deuxième phrase de l'article 30 (ex-article 36 CE) : J.-E. COCKBORNE et L. DEFALQUE, *op. cit.*, note 14, pp. 302-304 ; G. DRUESNE, *op. cit.*, note 36, p. 96-100. Il n'est pas sans intérêt de souligner que l'interprétation de l'article XX du GATT a soulevé les mêmes difficultés d'interprétation. Il y a quelques années, le paragraphe introductif de cet article, c'est-à-dire la transposition de l'article 30 (ex-article 36 CE), deuxième phrase, n'avait pas l'air de retenir l'attention des groupes de travail (*panel*) lors de l'interprétation de l'article XX. Aujourd'hui il semble en aller différemment puisque les organes judiciaires paraissent désormais tenir compte de ce paragraphe car il concerne l'application des mesures protégées par les exceptions visées. Voir notamment : OMC, *États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2//AB/R, adopté le 20 mai 1996, p. 24 ; OMC, *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 12 octobre 1998, p. 27.

143. M.A. DAUSES, « Mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », (1992) 28 (4), *Revue trimestrielle de droit européen* 628.

144. Soulignons aussi que définir la notion de trésor national relève de la compétence des États, et c'est pourquoi la Cour de justice ne s'est pas étendue sur cet aspect dans l'arrêt *Œuvres d'art* de 1968. Pour une définition nationale de la notion de « trésor national », voir : G.S. KARYDIS, *loc. cit.*, note 122, 555-556.

incluant les droits de propriété intellectuelle, notamment le droit d'auteur. En effet, bien que celui-ci ne soit pas visé précisément dans cet article, il en fait partie. La Cour de justice, dans l'arrêt *Gema*[145], a clairement affirmé ce rattachement en disant ceci :

> [...] l'article 36 du traité prévoit [...] que les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Cette dernière expression inclut la protection que confère le droit d'auteur, notamment pour autant que celui-ci est exploité commercialement sous la forme de licences susceptibles d'affecter la distribution, dans les différents États membres, de marchandises qui incorporent l'œuvre littéraire ou artistique protégée.

La Cour de justice est même allée plus loin en appliquant l'article 30 (ex-article 36 CE) aux services attachés à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle. En effet, elle a étendu l'exception à la libre prestation de services dans son arrêt *Coditel* du 6 octobre 1982 :

> [...] la distinction sous-jacente à l'article 36, entre l'existence d'un droit reconnu par la législation d'un État membre en matière de protection de la propriété artistique et intellectuelle qui ne peut être affecté par les dispositions du traité, et son exercice qui pourrait constituer une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres, vaut également lorsque ce droit s'exerce dans le cadre de la circulation des services[146].

Cependant, si la Cour de justice a interprété de façon laxiste cette disposition dans le cas notamment des droits d'auteur, elle n'a pas pu étendre aux mesures qui restreignent les échanges de biens culturels l'article 30 (ex-article 36 CE) étant donné le champ d'application restrictif de cette disposition. Dans l'arrêt *Leclerc* c. *Au blé vert*, la Cour de justice a clairement affirmé que, « en tant que dérogation à une règle fondamentale du traité, l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés. Ni la défense des intérêts des consommateurs, *ni la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre ne figurent parmi les raisons citées par cet article*[147]. »

La Cour de justice n'a pas retenu l'argument du gouvernement français qui reposait sur la défense du consommateur et sur la protection de la création et de la diversité culturelle. Elle a d'ailleurs confirmé sa position

---

145. CJCE, arrêt du 20 janvier 1981, aff. 55/80 et 57/80, *Gema*, Rec., p. 147. Voir aussi CJCE, arrêt du 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel I*, Rec., p. 881 ; CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. 262/81, *Coditel II*, Rec., p. 381.
146. CJCE, arrêt du 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel I*, Rec., p. 881, points 14 et 15 ; CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. 262/81, *Coditel II*, Rec., p. 381, attendu 13.
147. CJCE, *Leclerc*, 1985, point 30 (l'italique est de nous).

un an plus tard[148]. Ainsi, en ce qui concerne les biens culturels, en dehors de la protection conférée aux trésors nationaux et aux droits de propriété intellectuelle, l'article 30 (ex-article 36 CE) n'est pas un moyen efficace qui permettrait aux États membres de prendre des mesures fondées sur des objectifs culturels généraux étant donné que ces derniers ne sont pas mentionnés dans la liste des raisons qui peuvent être invoquées[149]. Il faut toutefois ajouter que, dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Fedicine*, l'avocat général, M. Van Gerven, a fait une interprétation large de l'article 30 (ex-article 36 CE) et a avancé que cette disposition pourrait être étendue à « la protection du patrimoine culturel », ce qui serait conforme à l'évolution du droit communautaire[150].

---

148. CJCE, arrêt du 10 juillet 1986, aff. 95/84, *Boriello* c. *Alain Darras et Dominique Tostain*, Rec., p. 2253, attendu 7. Également confirmé par : CJCE, arrêt du 25 février 1987, aff. 168/86, *Rousseau* c. *Procureur général*, Rec., p. 995 ; CJCE, arrêt du 9 avril 1987, aff. 160/86, *Ministère public* c. *Verbrugge*, Rec., p. 1783.

149. « Rien dans cette jurisprudence de l'application des textes des Traités ne semble donc permettre d'espérer la reconnaissance en droit européen d'une exception tirée de l'ordre culturel fondée sur l'« ordre public » » : N. CHARBIT, « L'exception culturelle en droit communautaire », (1995) (6), *JCP* 19. Sur le bien-fondé de cette protection, certains commentaires de la Commission européenne sont intéressants pour notre propos. « L'examen de la jurisprudence montre que la Cour par une interprétation restrictive des articles 36, 48 paragraphe 3, 56 et 66 du Traité, limite considérablement la prise en compte éventuelle de la notion d'intérêt culturel au titre de l'ordre public » : *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité des régions, Premier rapport sur la prise en compte des aspects culturels dans l'action de la Communauté européenne*, COM (1996) 160 du 18 avril 1996, p. 24. En ce qui concerne les mesures nationales relatives au prix fixe du livre, voir D. POUCHARD, « Les systèmes de prix fixe du livre dans les zones linguistiques transnationales au regard du droit communautaire », (2001) 37 (1), *Revue trimestrielle de droit européen*, p. 81 : « Le caractère exhaustif des dérogations visées par cette disposition et l'interprétation traditionnellement restrictive qu'en retient la Cour de justice restreignent de manière considérable la prise en compte éventuelle des issues culturelles. »

150. S'interrogeant dans le cas où une mesure serait discriminatoire, l'avocat a avancé que « le fait que la justification énoncée à l'article 36 est plus étroite que la protection du patrimoine culturel propre, ne constitue pas un obstacle, bien que la Cour ait admis que l'énumération de l'article 36 était limitative. En effet, cette prise de position ne peut pas empêcher que soit attachée aux justifications énoncées à l'article 36 une signification conforme à l'évolution du droit communautaire » : CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1993, conclusions de l'avocat général, points 27 et suiv. Pour Karydis, l'interprétation de l'avocat suit l'évolution du droit communautaire, même si les arguments avancés n'ont pas de fondement concret dans la jurisprudence de la Cour. G.S. KARYDIS, *loc. cit.*, note 122, p. 557.

2.1.2.2 Les dérogations permises par l'article 46 (ex-article 56 CE)

Selon une jurisprudence constante, la Cour de justice a dit que « des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services quelle qu'en soit l'origine et qui sont, dès lors, discriminatoires ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse du traité[151] ».

La seule disposition dérogatoire dans le cas présent est celle de l'article 46 (ex-article 56 CE), qui permet à toute réglementation nationale de prévoir un régime discriminatoire dans des cas bien précis. Il se lit ainsi : « Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique[152]. »

La notion d'ordre public, au sens de l'article 46 (ex-article 56 CE), a été définie par la Cour de justice dans l'arrêt *Bouchereau*[153]. Elle a précisé qu'il devait y avoir « l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société[154] ». Étant donné que cet article apporte une limite à un des principes fondamentaux du Traité, il doit être interprété de façon stricte[155]. La Cour de justice a aussi spécifié que les objectifs de nature économique ne pouvaient se justifier pour des raisons d'ordre public au regard de l'article 46 (ex-article 56 CE). Dans l'arrêt *Bond Van Adverteeders*, les juges communautaires ont dit « que des objectifs de nature économique tels que celui d'assurer à une fondation publique nationale l'intégrité des recettes provenant de messages publicitaires destinés spécialement au public de l'État en cause ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de l'article 56 du Traité[156] ».

---

151. CJCE, *Bond Van Adverteeders*, 1988, point 32 ; CJCE, *Commission*, 1991, point 15 ; CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991, point 11 ; CJCE, *ERT*, 1991, point 24.
152. L'article 55 précise que « les dispositions des articles 45 à 48 inclus sont applicables à la matière régis par le présent chapitre ».
153. CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau*, Rec., p. 1999.
154. *Id.*, point 35.
155. *Ibid.*
156. CJCE, *Bond Van Adverteeders*, 1988, point 34. Également affirmé dans : CJCE, *Commission*, 1991, point 15 ; CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991, point 11 ; CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1991, point 21.

Par ailleurs, il faut que la mesure discriminatoire soit proportionnée et strictement nécessaire[157]. La Cour de justice l'a rappelé dans le même arrêt et a confirmé « que les mesures prises en vertu de cet article ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'objectif visé. En tant qu'exception à un principe fondamental du traité, l'article 56 du traité doit, en effet, être interprété de façon que ses effets soient limités à ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir[158]. »

Il résulte de la définition stricte de la notion d'ordre public et de la condition de proportionnalité que les mesures prises par les États membres ne pourront se justifier que dans des cas exceptionnels.

Si ces principes sont appliqués aux prestations de services du secteur de l'audiovisuel, il est clair que le recours à l'ordre public n'est pas un moyen fiable qui va permettre aux États membres de protéger leurs industries culturelles. En effet, au regard de la jurisprudence, la position de la Cour de justice n'entend pas élargir l'article 46 (ex-article 56 CE) aux mesures discriminatoires qui gênent les échanges de services culturels.

Dans l'arrêt *Bond Van Adverteerders*, nous avons vu que la Cour de justice n'a pas considéré comme des raisons d'ordre public le reversement intégral des recettes issues de la publicité à une fondation publique, car les objectifs de nature économique ne sont pas visés par l'article 46 (ex-article 56 CE). Comme le gouvernement néerlandais mettait en avant l'objectif non économique de la mesure en cause, la Cour de justice a tout de même effectué le test de proportionnalité. Or, ce dernier avait montré qu'il y avait des moyens moins restrictifs et non discriminatoires pour atteindre les objectifs visés[159]. Échouant au test de proportionnalité, la Cour de justice a donc conclu que « ces interdictions ne sont pas susceptibles d'être justifiées par des raisons d'ordre public au sens de l'article 56 du traité ».

Toujours en ce qui concerne les émissions télévisées, l'arrêt *Commission* c. *Belgique*, du 16 décembre 1992, a permis à la Cour de se prononcer sur un décret flamand interdisant la retransmission de services de radiodiffusion qui diffusaient dans une langue autre que celle de l'État membre où le service avait lieu. Se réfugiant derrière des objectifs de politique culturelle (maintien du pluralisme dans la presse écrite, préservation et développement du patrimoine artistique, viabilité des stations nationales), le gouvernement belge a été débouté sur ses justifications. La Cour a constaté que « les justifications avancées par le gouvernement belge ne relèvent

157. CJCE, arrêt du 18 mai 1982, aff. 115/81 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, Rec., p. 1665.
158. CJCE, *Bond Van Adverteeders*, 1988, point 36.
159. *Ibid.*

d'aucune des exceptions à la libre prestation de services admises par l'article 56, à savoir l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique[160] ».

Dans l'arrêt *ERT*, les arguments basés sur l'article 46 (ex-article 56 CE) ont été rejetés par la Cour de justice, car ils étaient non fondés. Rappelons que cet arrêt concernait le monopole de la télévision en Grèce concédé à une entreprise nationale, ERT. Cette dernière détenait les droits exclusifs de retransmission et de diffusion, et la Cour de justice a jugé que ces restrictions avaient des effets discriminatoires que seul l'article 46 (ex-article 56 CE) pouvait justifier. La Cour de justice a alors précisé ce qui suit :

> Or, il ressort des observations formulées devant la Cour que la réglementation en cause avait pour unique objectif d'éviter des perturbations dues au nombre restreint de canaux disponibles. Un tel objectif ne saurait toutefois constituer une justification de cette réglementation, au sens de l'article 56 du traité, lorsque l'entreprise en question n'utilise qu'un nombre restreint de canaux disponibles[161].

Dans l'arrêt *Federacion de distribuidores cinematograficos*, du 4 mai 1993, la Cour de justice a jugé que la mesure espagnole qui accordait une licence pour le doublage et la distribution des films importés seulement si la distribution d'un film national était assurée avait un objectif économique. Confirmant que ce dernier ne peut être considéré comme des raisons d'ordre public à la lumière de l'article 46 (ex-article 56 CE), la Cour de justice a rejeté l'argument espagnol qui avançait que la mesure comportait un objectif culturel, soit celui de protéger la production cinématographique espagnole, et a dit ceci : « outre que *la politique culturelle ne figure pas parmi les justifications énoncées à l'article 56*, il convient de relever que le Real Decreto Legislativo favorise la distribution de films nationaux, quel que soit leur contenu ou leur qualité[162] ».

Se basant sur cette jurisprudence, certains ont affirmé que l'article 46 (ex-article 56 CE) ne permet pas de justifier des mesures relatives à des objectifs culturels généraux, à moins que la Cour de justice n'aille jusqu'à reconnaître que ces derniers sont compris dans la notion d'ordre public[163]. Pour d'autres, cette possibilité est envisageable étant donné que la définition de cette notion est du ressort des États membres et que ces derniers seraient en droit de comprendre dans leurs « intérêts fondamentaux » susceptibles d'être protégés celui de leur « patrimoine culturel »[164]. Selon

160. CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, aff. C-211/91, *Commission* c. *Belgique*, Rec., p. I-6757, points 9 et 10.
161. CJCE, *ERT*, 1991, attendu 24.
162. CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1991, point 20 (l'italique est de nous).
163. N. CHARBIT, *loc. cit.*, note 149, 19.
164. G.S. KARYDIS, *loc. cit.*, note 122, 558.

G.S. Karydis, même si jusqu'à présent la jurisprudence de la Cour de justice a montré que l'application de l'article 46 (ex-article 56 CE) à des mesures nationales qui protégeaient le patrimoine culturel était rejetée, la raison en est que, dans chaque affaire, la mesure litigieuse allait au-delà du but poursuivi ou qu'elle cachait en réalité un but économique, sans que la Cour de justice écarte la possibilité d'inclure la protection du patrimoine culturel dans la notion d'ordre public.

Il semble donc que les exceptions que nous venons de voir, à cause des conditions restrictives qu'elles imposent, ne permettent pas à la Cour de justice de tenir compte de certains domaines sensibles comme la politique culturelle. Cependant, la Cour de justice a élaboré une théorie fondée sur l'intérêt général qui permet de justifier certaines mesures restrictives non discriminatoires relatives aux biens et services culturels.

2.2 Les dérogations fondées sur la théorie jurisprudentielle relative aux exigences impératives et aux raisons impérieuses d'intérêt général

Nous avons vu dans la première partie de notre texte que l'article 28 (ex-article 30 CE) et l'article 49 (ex-article 59 CE) interdisent aux États membres de prendre des mesures qui limitent les échanges intracommunautaires, que ce soit dans le domaine des marchandises ou des services. Cela est vrai, que les mesures soient applicables distinctement ou indistinctement. Ici, les mesures visées ne pourront être justifiées par un intérêt général que si elles sont applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés.

2.2.1 Les exceptions à la libre circulation des marchandises

La Cour de justice, dans l'arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979, a autorisé les États membres à prendre des mesures nationales non discriminatoires, en l'absence d'harmonisation communautaire, si elles pouvaient se justifier par des exigences impératives d'intérêt général :

> [...] attendu qu'en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool [...], il appartient aux États membres de régler, chacun sur leur territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses, que les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs[165].

165. CJCE, *Cassis de Dijon*, 1979, attendu 8.

Cet arrêt est essentiel et marque la volonté de la Cour de justice de reconnaître certains intérêts généraux à côté du principe de libre circulation. Rappelons qu'une communication de la Commission européenne est même venue compléter le principe dégagé[166]. Cependant, plusieurs conditions s'appliquent et seulement certains intérêts sont reconnus.

2.2.1.1 Les conditions de justification

Le critère attaché aux exigences impératives d'intérêt général repose sur le principe de proportionnalité. Dans l'arrêt *Rau*, du 10 septembre 1982, la Cour de justice a notamment défini ce dernier ainsi : « la mesure doit être nécessaire pour satisfaire à l'objectif poursuivi, proportionnée à cet objectif et s'il n'y a pas de moyens apportant moins d'obstacles à la liberté des échanges pour satisfaire à cet objectif[167] ».

La mesure nationale qui entrave les échanges doit donc, selon la Cour de justice, être nécessaire, poursuivre un but d'intérêt général et être essentielle pour atteindre ce but[168]. Cela veut dire qu'en l'absence d'harmonisation une mesure nationale pourra être justifiée par une exigence impérative seulement si trois conditions sont réunies : le critère de causalité, c'est-à-dire qu'il existe un lien de cause à effet entre la réglementation en question et l'exigence impérative ; le critère de proportionnalité, ce qui signifie que la réglementation est appropriée et non excessive par rapport à l'exigence visée ; le critère de substitution, ce qui implique qu'il n'y a pas d'autres solutions de rechange qui permettraient à l'État d'atteindre le but recherché en provoquant moins de restrictions dans les échanges.[169]

2.2.1.2 Les exigences impératives reconnues

L'arrêt *Cassis de Dijon* a permis à la Cour de justice de donner une liste de certaines exigences impératives. Comme nous l'avons déjà mentionné, elle a ainsi reconnu comme telles « l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs[170] ». Elle a confirmé cette

---

166. *Communication de la Commission, du 3 octobre 1980, sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979*, JOCE, aff. 120/78, n° C 256 du 3 octobre 1980, p. 2-3.
167. CJCE, arrêt du 10 septembre 1982, aff. 261/81, *Rau (margarine)*, Rec., p. 3961.
168. A. MATTERA, « L'arrêt « Cassis de Dijon » : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », *Revue du Marché commun*, n° 241, 1980, p. 508.
169. *Id.*, 509 ; J.-E. COCKBORNE et L. DEFALQUE, *op. cit.*, note 14, p. 235-236.
170. CJCE, *Cassis de Dijon*, 1979, attendu 8.

jurisprudence dans d'autres arrêts[171] et a élargi la notion d'exigences impératives à d'autres intérêts tels que, au début des années 80, « la protection des travailleurs[172] », « la lutte contre l'inflation[173] » et « l'assainissement des finances publiques[174] », « la protection de l'environnement[175] » ainsi que « la protection des valeurs culturelles[176] ». Dans les années 90, la Cour de justice a continué de compléter la liste des exigences impératives et y ajouté

171. La protection du consommateur, qui passe par une information qui puisse être comprise par les acheteurs, a plusieurs fois été portée devant la CJCE en ce qui concerne la langue retenue sur l'étiquetage de certains produits. Même si la protection conférée s'est faite en vue de protéger le consommateur, et non d'assurer la préservation des politiques culturelles à travers la protection de la langue, il nous a semblé opportun de préciser ces arrêts : CJCE, arrêt du 9 août 1994, aff. C-51/93, *Meyhui NV* c. *Schott Zwiesel Glaswerke AG*, Rec., p. I-3879, attendus 10 et 13 ; CJCE, arrêt du 18 juin 1991, aff. C-369/89, *Groupement des producteurs, importateurs et agents généraux d'eaux minérales étrangères, VZW (Piageme) e.a.* c. *Peeters Nv*, Rec., p. I-2971 ; CJCE, arrêt du 12 octobre 1995, aff. C-85/94, *Groupement des producteurs, importateurs et agents généraux d'eaux minérales étrangères, VZW (Piageme) e.a.* c. *Peeters Nv*, Rec., p. I-2955, attendu 29 ; CJCE, arrêt du 3 juin 1999, aff. C-33/97, *Colim NV* c. *Bigg's Continent Noord NV*, Rec., P.I.-3175, attendus 33 et 34. Dans ce dernier arrêt, la Cour de justice a fait le point sur cette question en jugeant que, « en l'absence d'harmonisation complète des exigences linguistiques applicables aux mentions figurant sur des produits importés, les États membres peuvent adopter des mesures nationales exigeant que ces mentions soient libellées dans la langue de la région dans laquelle les produits sont vendus ou dans une autre langue aisément compréhensible pour les consommateurs de cette région, à la condition que lesdites mesures nationales soient indistinctement applicables à tous les produits nationaux et importés et soient proportionnées au but de protection des consommateurs qu'elles poursuivent. Ces mesures nationales doivent, notamment, être limitées aux mentions auxquelles l'État membre attribue un caractère obligatoire et pour lesquelles l'emploi d'autres moyens que leur traduction ne permettrait pas d'assurer une information des consommateurs appropriée » (point 44).
172. CJCE, arrêt du 14 juillet 1981, aff. 155/80, *Oebel*, Rec., p. 1993.
173. CJCE, arrêt du 29 novembre 1983, aff. 181/82, *Roussel (prix des médicaments)*, Rec., p. 3849.
174. CJCE, arrêt du 7 février 1984, aff. 238/82, *Duphar*, Rec., p. 523.
175. CJCE, arrêt du 7 février 1985, aff. 240/83, *ABDHU (huiles usagées)*, Rec., p. 531 ; CJCE, arrêt du 10 septembre 1988, aff. 302/86, *Commission* c. *Danemark (bouteilles consignées)*, Rec., p. 4607. Confirmés dernièrement par : CJCE, arrêt du 14 juillet 1998, aff. C-284/95, *Safety Hi-Tech*, Rec., p. I-4301 ; CJCE, arrêt du 14 juillet 1998, aff. C-341/95, *Bettati*, Rec., p. I-4355.
176. CJCE, arrêt du 11 juillet 1985, aff. 60 et 61/84, *Cinéthèque* c. *Fédération Nationale des Cinémas Français*, Rec., p. 2605 (ci-après cité « CJCE, *Cinéthèque*, 1985 »).

« la protection des particularités socio-culturelles, nationales ou régionales[177] » ainsi que « le maintien du pluralisme de la presse[178] ».

Plusieurs ont écrit que « les valeurs culturelles jouent également en tant qu'exceptions fondées sur des « exigences impératives » au sens de la jurisprudence *Cassis de Dijon* en matière de libre circulation des marchandises », cette affirmation se fondant sur l'arrêt *Leclerc* c. *Au blé vert* de 1985[179]. Selon nous, cet arrêt n'est pas pertinent comme fondement de cette affirmation, car la Cour de justice n'a pas reconnu, en l'espèce, les exigences impératives que revendiquait la France. Au contraire, elle a estimé que les mesures qui défavorisaient l'écoulement des produits nationaux et importés ne pouvaient se justifier au regard de l'article 30 (ex-article 36 du Traité CE). Si la Cour de justice a reconnu les valeurs culturelles comme « exigences impératives » selon les principes de l'arrêt *Cassis de Dijon*, c'est plutôt dans l'arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985[180]. Les faits peuvent se résumer ainsi.

Au début des années 90, la France avait mis en place un système de chronologie des médias qui avait pour objet d'assurer l'exploitation des films en salle avant de pouvoir les exploiter sous forme de vidéocassettes puis à la télévision[181]. Le délai, fixé par un décret d'application, prévoyait douze mois entre l'exploitation du film au cinéma, à compter de l'obtention du visa d'exploitation, et sa vente ou location sous forme de vidéocassettes[182]. Dans les deux affaires en cause, l'objet du litige concernait l'arrivée sur le marché de deux films sous formes de vidéocassettes alors qu'ils étaient exploités au cinéma. La Fédération nationale des cinémas

---

177. CJCE, arrêt du 23 novembre 1989, aff. 145/88, *Torfaen*, Rec., p. 3851 ; CJCE, arrêt du 28 février 1991, aff. 312/89 et 332/89, *Conforama et marchandises*, Rec., p. I-997 et I-1027 ; CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, aff. 169/91, *Stoke on Trent (fermeture dominicale)*, Rec., p. 6635, point 11.
178. CJCE, arrêt du 26 juin 1997, aff. 368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmgH* c. *Heinrich Bauer Verlag*, Rec., p. 3689, point 18.
179. G. VANDERSANDEN et I. DUBOUIS, *op. cit.*, note 109, p. 3 ; B.R. GAVALDO, « Les politiques et actions communautaires », (1997) 33 (4), *Revue trimestrielle de droit européen* 794.
180. CJCE, *Cinéthèque*, 1985.
181. « Aucune œuvre cinématographique exploitée dans les salles de spectacles cinématographiques ne peut faire l'objet d'une exploitation simultanée sous forme de supports destinés à la vente ou à la location pour l'usage privé du public et notamment sous forme de vidéocassettes ou de vidéodisques, avant l'expiration d'un délai qui sera fixé par décret et qui courra à compter de la délivrance d'exploitation. Ce délai qui sera compris entre 6 et dix-huit mois pourra faire l'objet de dérogations qui seront accordées dans des conditions fixées par décret » : *Loi française* n° *82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle*, JORF du 20 juillet 1982, art. 89, p. 2431.
182. *Décret* n° *83-4 du 4 janvier 1983.*

français a demandé aux sociétés en cause de ne plus procéder à la diffusion et à la vente de ces films sous forme de vidéocassettes. Ces dernières se sont alors réfugiées derrière l'article 30 (devenu l'article 28 CE) en prétendant que les dispositions de la loi française étaient incompatibles avec celui-ci. La Cour de justice a tout d'abord constaté que la loi française n'était pas un cas isolé et que d'autres États membres avaient mis en place des systèmes similaires qui avaient pour objet la protection de l'exploitation dans les salles des films, cette dernière étant la condition *sine qua non* du développement et de la viabilité de la production cinématographique. Elle a ensuite observé que « le traité laisse aux États membres l'appréciation de la nécessité d'un tel régime, de la forme que ce régime doit revêtir, ainsi que des délais qu'il convient d'imposer le cas échéant »[183] ». La Cour de justice a alors constaté ceci : « un tel régime, s'il s'applique indistinctement aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national ou importées, n'a pas pour objet de régir les courants d'échanges ; il n'a pas pour effet de favoriser la production nationale mais d'encourager la production cinématographique en tant que telle[184] ».

La Cour de justice a reconnu cependant que ce régime pouvait entraver les échanges du fait de la disparité des régimes appliqués par les différents États membres, mais elle a cependant précisé que la mesure en cause pouvait se justifier[185]. Elle a alors conclu :

> [...] que l'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à une législation nationale qui réglemente la diffusion des œuvres cinématographiques en instituant un échelonnement dans le temps pour le passage d'un mode de distribution à l'autre par l'intermédiaire d'exploitation simultanée, pendant un délai limité, de représentation dans les salles de cinéma et de diffusion de vidéocassettes, lorsqu'une telle interdiction s'applique indistinctement aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national ou importées et que les entraves éventuelles aux échanges intracommunautaires que son application peut provoquer ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer, pendant une période initiale, la priorité de l'exploitation en salle des œuvres cinématographiques de toute origine par rapport à d'autres moyens de diffusion[186].

La Cour de justice a considéré la mesure compatible avec l'article 28 (ex-article 30 CE), car elle avait pour objet d'encourager la production nationale. Cependant, elle n'a donné aucun renseignement sur les fondements de cette justification, ce qui revient à se demander pourquoi cet objectif pouvait justifier une entrave aux échanges. Cette affaire peut être

183. CJCE, *Cinéthèque*, 1985, point 20.
184. *Id.*, point 21.
185. *Id.*, points 22 et 23.
186. *Id.*, point 24.

perçue comme un aboutissement heureux pour le cinéma dans la mesure où la loi en cause devait explicitement protéger l'industrie cinématographique en tant que telle, sans pour autant favoriser la production nationale.

À la suite de cet arrêt, certains se sont demandé si la Cour de justice avait voulu introduire prudemment « la notion d'exigence impérative d'ordre culturel[187] ». Selon J. Biancarelli, il était difficilement imaginable à ce moment-là, après l'arrêt *Leclerc* c. *Au blé vert* et la brèche importante qui aurait été faite à l'article 28 (ex-article 30 CE), d'arriver à une telle conclusion. Selon nous, les deux arrêts dont il est question présentent des caractéristiques différentes puisque, dans l'arrêt *Leclerc* c. *Au blé vert*, les mesures en cause étaient, selon la Cour de justice, discriminatoires, alors que, dans l'arrêt *Cinéthèque*, les mesures sont applicables indistinctement. De plus, nous croyons que la Cour de justice n'a pas touché l'article 28 (ex-article 30 CE), mais qu'elle s'est efforcée d'arriver à un juste équilibre entre le principe de libre circulation des marchandises et la protection nécessaire de certains intérêts. Il semble donc possible qu'un État membre puisse prendre des mesures en vue de protéger la production de certains biens culturels. Cependant, elles doivent s'appliquer tant aux biens culturels nationaux qu'aux biens importés, et surtout être nécessaires et justifiées au regard du droit communautaire pour ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 28 (ex-article 30 CE).

Avant de clore cette analyse concernant les exigences impératives d'intérêt général, soulignons que les mesures nationales visées se trouvent dans la sphère restrictive de l'article 28 (ex-article 30 CE) et non dans le contexte de l'article 30 (ex-article 36 CE). En fait, ce sont les « exigences impératives » visées par la jurisprudence de l'arrêt *Cassis de Dijon* qui permettent l'exception, et non la protection de l'article 30 (ex-article 36 CE).

2.2.2 Les raisons impérieuses d'intérêt général

La théorie des exigences impératives élaborée dans le domaine des marchandises a été transposée aux principes de libre prestation de services et de libre circulation des travailleurs[188]. Nous nous poserons la question

---

187. J. BIANCARELLI, « Chronique générale de jurisprudence communautaire, juin 1985 — décembre 1986 », *Revue du Marché commun*, n° 297, mai 1986, p. 267.

188. Nous n'aborderons pas les questions liées aux principes de la libre circulation des travailleurs, ces dernières ne concernant pas, ou seulement indirectement, les biens et les services culturels. Il suffit simplement de préciser un arrêt de la Cour de justice qui concernait l'exigence de la langue pour enseigner dans le cadre de la libre circulation des travailleurs : CJCE, arrêt du 28 novembre 1989, aff. C-379/87, *Groener*, *Rec.*, p. 3967,

de savoir si l'article 49 (ex-article 59 CE) autorise l'application d'une mesure nationale qui n'opère aucune discrimination, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de distinction en ce qui a trait à l'origine ni à la nationalité du prestataire. Nous nous pencherons sur le principe dégagé par l'arrêt *Säger et Dennemeyer* et les arrêts *Mediawet* afin de voir le régime d'exception parallèle conçu par la Cour de justice pour les services. Cela revient à voir si les États membres peuvent introduire des restrictions à la libre prestation de services fondées sur des « raisons impérieuses d'intérêts général ».

2.2.2.1 Les conditions de justification des raisons

Pour qu'une mesure puisse se justifier comme une raison d'intérêt général, elle doit, comme en matière de marchandises et en l'absence d'harmonisation[189], respecter le principe de proportionnalité. Ce qui revient à dire qu'elle doit être nécessaire pour atteindre le but visé et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. En fait, les conditions étant les mêmes que celles qui sont exigées pour les exigences impératives d'intérêt général, il est donc inutile de répéter ici les considérations à cet égard.

2.2.2.2 Les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour de justice

Avant 1991, la Cour de justice a eu l'occasion de reconnaître un certain nombre de motifs pouvant être justifiés par l'intérêt général : le « respect des règles déontologiques[190] » et le « respect des règles professionnelles[191] » ainsi que la protection de la propriété intellectuelle[192]. Ce n'est qu'à partir de cette année-là qu'elle a donné une liste de raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues et qu'elle a élaboré une théorie globale. Outre celles

---

point 19 : « Les dispositions du Traité CEE ne s'opposent pas à l'adoption d'une politique qui vise *la défense et la promotion de la langue* d'un État membre qui est tout à la fois la langue nationale et la première langue officielle. Toutefois, la mise en œuvre de cette politique ne doit pas porter atteinte à une liberté fondamentale telle que la libre circulation des travailleurs. Dès lors, les exigences découlant des mesures destinées à mettre en œuvre une telle politique ne doivent en aucun cas être disproportionnées par rapport au but poursuivi et les modalités de leur application ne doivent pas comporter de discriminations au détriment des ressortissants d'autres États membres » (l'italique est de nous).

189. CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini et TV-Shop i Sverige AB*, Rec., p. I-3843.
190. CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *Van Binsbergen*, Rec., p. 1299.
191. CJCE, arrêt du 18 janvier 1979, aff. 110/78 et 111/78, *Van Wesemael*, Rec., p. 35, point 28 ; CJCE, arrêt du 20 mai 1992, aff. C-106/91, *Ramrath*, Rec., p. I-3351.
192. CJCE, arrêt du 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel I*, Rec., p. 881.

que nous avons déjà mentionnées, la Cour de justice a reconnu notamment comme raisons impérieuses d'intérêt général la protection des travailleurs[193], la protection des consommateurs[194] et certaines raisons relatives à la culture sur lesquelles nous nous attarderons ultérieurement. En 1994, la Cour de justice a ajouté d'autres raisons à la liste, en particulier : le maintien de l'ordre social, au lieu d'étendre le champ d'application de l'article 46 (ex-article 56 CE), comme le lui suggérait l'avocat général[195], la sécurité routière[196], la protection de la réputation d'un secteur d'activité[197] et le maintien d'un équilibre financier et sportif entre les clubs de sport[198].

Dans l'arrêt *Debauve*[199], du 18 mars 1980, qui, rappelons-le, concernait la publicité, les faits se situaient en Belgique où cet État avait mis en place un système de télédistribution qui était régi par l'arrêté royal du 24 décembre 1966. Dans son article 21, ce dernier disposait que « sous réserve des stipulations des Conventions internationales, le distributeur peut transmettre les émissions de toute autre station de radiodiffusion télévisuelle autorisées par le pays où elle est établie ; est toutefois interdite la transmission revêtant un caractère de publicité commerciale ».

Certaines entreprises de télédistribution n'ayant pas respecté cette interdiction publicitaire, des poursuites ont donc été engagées à leur encontre devant le tribunal correctionnel de Liège. Ce dernier a saisi la Cour de justice afin de lui poser deux questions préjudicielles. Celle-ci a confirmé l'arrêt *Van Binsbergen* du 30 avril 1974 et a rappelé que les discriminations à l'égard du prestataire, en raison de sa nationalité ou du fait qu'il est établi dans un autre État membre, doivent être supprimées. Cependant, reprenant certaines formulations élaborées dans l'arrêt *Sacchi*, la Cour de justice a considéré que :

---

193. Notamment : CJCE, arrêt du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Webb*, Rec., p. 3305, point 19 ; CJCE, arrêt du 27 mars 1990, aff. C-113/89, *Rush Portuguesa*, Rec., p. I-1417.
194. Notamment : CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, aff. 220/83, *Commission* c. *France*, Rec., p. 3663, point 20 ; CJCE, arrêt du 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments BV.*, Rec., p. I-1141 ; CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, aff. C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Konsumentombudsmannen* c. *De Agostini et TV-Shop i Sverige AB*, Rec., p. I-3843, point 53.
195. CJCE, arrêt du 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Schindler (loterie au Royaume-Uni)*, Rec., p. I-1039, conclusions de l'avocat général, p. 76 et 88 ; CJCE, arrêt du 21 septembre 1999, aff. C-124/97, *Läärä*, Rec., p. I-6067 ; CJCE, arrêt du 21 octobre 1999, aff. C-67/98, *Zenatti*, Rec., p. I-7289.
196. CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-55/93, *Van Schaik*, Rec., p. I-4837.
197. CJCE, arrêt du 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments*, Rec., p. I-1141.
198. CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec., p. I-4921.
199. CJCE, *Procureur du roi*, 1980.

> [...] compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, telles que l'émission et la transmission de messages télévisés, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires, qui seraient motivées par l'application de règles régissant certains types d'activité, justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise établie sur le territoire dudit État membre[200].

La Cour de justice a aussi constaté ceci :

> [...] il résulte des informations données à la Cour pendant la présente procédure que l'émission des messages publicitaires par télévision fait l'objet, dans les différents États membres, de régimes juridiques fort divergents qui vont d'une prohibition presque totale, comme celle pratiquée en Belgique, par des réglementations comportant des limitations plus ou moins strictes, jusqu'à des régimes de libertés commerciales. À défaut d'harmonisation des législations nationales et compte tenu des considérations d'intérêt général inhérentes aux réglementations limitatives en cette matière, l'application des législations en cause ne saurait être considérée comme constituant une restriction à la libre prestation de services pour autant que ces législations traitent de façon identique toutes prestations en la matière, quelle qu'en soit l'origine et quelle que soit la nationalité ou le lieu d'établissement des prestataires[201].

La Cour de justice s'est référée à la notion d'intérêt général à deux reprises dans ces deux derniers points, alors que la Commission européenne et l'avocat général faisaient reposer leur argumentation sur l'ordre public. Elle a ensuite conclu que « les articles 59 et 60 du traité n'interdisent pas une réglementation nationale s'opposant à la transmission de messages publicitaires par télévision, si cette réglementation est appliquée sans distinction en ce qui concerne l'origine, nationale ou étrangère, de ces messages, ou la nationalité du prestataire, ou le lieu de son établissement[202].

Toutefois, dans le cas où la mesure en cause est prise à l'encontre d'un prestataire de services qui se sert des principes communautaires pour ne pas se voir appliquer les obligations qui découlent de la mesure nationale, la Cour de justice autorise ces mesures[203]. Dans cet arrêt, elle a argumenté sur la nature particulière des services en cause, mais elle n'a donné aucun renseignement supplémentaire par rapport à la notion d'intérêt général et aux conditions de justification.

---

200. *Id.*, point 12.
201. *Id.*, point 13.
202. *Id.*, point 16.
203. CJCE, arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *Van Binsbergen*, Rec., p. 1299 ; CJCE, *Bond Van Adverteeders*, 1988 ; CJCE, arrêt du 3 février 1993, aff. C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie*, Rec., p. I-487 ; CJCE, arrêt du 3 octobre 1994, aff. C-23/93, *TV 10*, Rec., p. I-4595.

Ce n'est qu'en 1991 que la Cour de justice a affirmé que des mesures nationales non discriminatoires pouvaient être compatibles avec l'interdiction de l'article 49 (ex-article 59 CE)[204]. Dans les arrêts dits des *guides touristiques*, la Cour de justice a amorcé son approche à l'égard des restrictions concernant les services culturels. Elle a reconnu « la conservation du patrimoine historique et artistique national[205] » ainsi que « la valorisation des richesses historiques et la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel d'un pays[206] » comme des raisons impérieuses d'intérêt général pouvant justifier une restriction à la libre prestation de services. Cependant, même si la Cour de justice a clairement légitimé dans ces arrêts les mesures qui avaient des objets culturels, elle a sanctionné ces dernières, car elles ne répondaient pas au test de proportionnalité étant donné qu'elles allaient au-delà du but poursuivi.

Dans les arrêts *Mediawet*, les juges communautaires ont reconnu qu'une politique culturelle nationale ayant pour objet de sauvegarder la liberté d'expression des différentes composantes sociales, culturelles, religieuses et philosophiques du pays poursuivait un but justifié au sens du droit communautaire. Rappelons que ces arrêts concernaient la loi sur la radiodiffusion néerlandaise qui imposait des conditions concernant la structure des organismes de radiodiffusion établis dans d'autres États membres ainsi que des conditions attachées aux messages publicitaires. En ce qui concerne ces conditions, la Cour de justice a accepté la raison invoquée par le gouvernement néerlandais et a affirmé ce qui suit :

> Entendue en ce sens, une politique culturelle peut certes constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation des services. En effet, le maintien du pluralisme qu'entend garantir cette politique néerlandaise est lié à la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre communautaire[207].

Ainsi, dans ces arrêts, la Cour de justice a reconnu qu'une politique culturelle pouvait venir à l'encontre du principe de libre prestation de services. Cependant, elle a ensuite vérifié si la mesure était nécessaire. En

---

204. CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991 ; CJCE, *Commission*, 1991 ; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Sager*, Rec., p. I-4221.
205. CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-180/89, *Commission* c. *Italie*, Rec., p. I-709, point 20. Confirmé par les arrêts *Mediawet* : CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991, point 14 ; CJCE, *Commission*, 1991, point 18.
206. CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-154/89, *Commission* c. *France*, Rec., p. I-1659, point 17 ; CJCE, arrêt du 26 février 1991, aff. C-198/89, *Commission* c. *Grèce*, Rec., p. I-727, point 21.
207. CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991, points 23 et 27 ; CJCE, *Commission*, 1991, points 30 et 45 (l'italique est de nous).

ce qui concerne les premières conditions imposées, la Cour de justice a constaté « qu'il n'y a pas de relation nécessaire entre pareille politique culturelle et les conditions relatives à la structure des organismes de radiodiffusion étrangers[208] ». Pour ce qui est des conditions attachées aux messages publicitaires, elle a également refusé de justifier la restriction au motif que ces dernières protégeraient les recettes de la STER, entreprise publique. Même si la Cour de justice a clairement reconnu que la politique culturelle faisait partie des raisons impérieuses d'intérêt général, elle n'a pu cependant justifier ces restrictions.

La Cour de justice a confirmé que la politique culturelle pouvait entrer dans la liste des raisons impératives d'intérêt général deux ans plus tard dans l'arrêt *Veronica Omroep Organisatie* encore relatif à la loi néerlandaise sur l'audiovisuel[209]. Rappelons que cette loi impose notamment certaines conditions concernant la structure et le contenu des émissions télévisées. Dans cet arrêt, c'est la condition relative à l'interdiction d'exercer d'autres activités que celles qui sont prescrites dans la loi après avoir obtenu un temps d'antenne, à moins d'y avoir été autorisé par l'organisme de contrôle, qui a été soumise à l'attention de la Cour de justice. Un organisme public de radiodiffusion, Veronica, s'est vu infliger une amende et un retrait provisoire de son temps d'antenne par l'organisme de contrôle néerlandais au motif qu'il aurait financé à même les fonds publics l'installation d'une station de télévision au Luxembourg dont la diffusion des émissions était notamment destinée aux Pays-Bas. La Cour de justice a rappelé les principes dégagés dans sa jurisprudence antérieure et a réaffirmé que les objectifs de politique culturelle imposés par la loi néerlandaise constituaient des objectifs d'intérêt général compatibles avec l'article 49 (ex-article 59 CE)[210].

Dernièrement, la Cour de justice a de nouveau réitéré ce principe dans le contexte d'une mesure nationale qui imposait l'application du principe net, système qui comptabilise le temps d'interruption des émissions télévisées lors de la diffusion des messages publicitaires, système prévu dans la directive *Télévision sans frontières* mais non défini. La Cour de justice a affirmé ceci : « il convient de relever que la protection des consommateurs contre les excès de la publicité commerciale, ou *dans un but de politique culturelle*, le maintien d'une certaine qualité des programmes *constituent*

---

208. CJCE, *Stiching Collectieve*, 1991, points 24 et 29 ; CJCE, *Commission*, 1991, points 31, 42 et 47.
209. CJCE, arrêt du 3 février 1993, aff. C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie*, Rec., p. I-487, points 9 et 10.
210. *Id.*, point 9.

des raisons impérieuses d'intérêt général pouvant justifier des restrictions à la libre prestation des services[211] ».

Il faut cependant préciser que, dans un autre arrêt, la Cour de justice n'a pas retenu les arguments avancés par la Belgique en ce qui concerne la législation applicable dans la Communauté flamande au sujet de la télédistribution[212]. Parmi les mesures en cause, l'une d'elles interdisait la transmission des émissions télévisées des autres États membres par les réseaux de distribution par câble lorsque ces derniers étaient transmis dans la langue ou une des langues du pays d'origine. Le gouvernement belge considérait que les objectifs culturels (maintien du pluralisme écrit dans la presse, préservation et développement du patrimoine artistique et viabilité des chaînes de télévision nationales) justifiaient cette dernière. La Cour de justice a rejeté ces arguments, jugeant plutôt que les motifs culturels invoqués cachaient en fait des motifs économiques et a conclu que la Belgique avait manqué à ses obligations en interdisant « la transmission sur un réseau de distribution de programmes télévisés de services de radiodiffusion d'autres États membres, si l'émission n'a pas lieu dans la langue ou une des langues de l'État membre dans lequel le service de radiodiffusion est établi[2 12a] ».

---

211. CJCE, arrêt du 28 octobre 1999, aff. C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD)* c. *PRO Sieben Media AG*, *Rec.*, p. I-7599, point 50 (l'italique est de nous).

212. CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, aff. C-211/91, *Commission* c. *Belgique*, Rec., p. I-6757. Depuis cet arrêt, la Cour de justice et la Commission européenne ont eu l'occasion de se pencher sur la législation belge relative à la transmission des émissions télévisées par câble. En ce qui concerne les régimes d'autorisation préalable : CJCE, arrêt du 10 septembre 1996, aff. C-11/95, *Commission* c. *Belgique*, Rec., p. I-4115. Pour ce qui est du monopole publicitaire : *Décision 97/606/CE de la Commission du 26 juin 1997 au titre de l'article 90 paragraphe 3 du traité CE concernant le droit exclusif d'émettre de la publicité télévisée en Flandre*, JOCE n° L 244 du 6 septembre 1997, p. 18-25. La Commission européenne s'est interrogée sur la question de savoir si cette mesure pouvait se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général et a admis qu'une politique culturelle et le maintien du pluralisme dans la presse écrite faisaient partie de ces dernières. La mesure allant au-delà de ce qui est nécessaire, la Commission européenne a déclaré que la mesure en cause était incompatible avec l'article 90 (1) du Traité (article premier de la décision). Cette décision a par ailleurs été l'objet d'un arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes qui a confirmé la décision de la Commission européenne : TPI, arrêt du 8 juillet 1999, aff. T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV* c. *Commission des Communautés européennes*, Rec., P. II-2329. Pour plus de précisions sur cette affaire, voir notamment : J. CORBET, « La compatibilité de la réglementation flamande sur l'audiovisuel avec le droit communautaire », dans C. DOUTRELEPONT et M. WAELBROECK (dir.), *Questions de droit de l'audiovisuel européen*, Bruxelles, Paris, Bruylant, Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, p. 109-123.

212a. CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, aff. C-211/91, *Commission* c. *Belgique*, Rec., p. I-6757

À l'issue de ces développements, il est indéniable que la théorie jurisprudentielle relative aux exigences impératives, pour les marchandises, et aux raisons impérieuses d'intérêt général, pour les services, est un moyen de justifier certaines mesures prises par les États membres conformément à leur politique culturelle. Lors de ses conclusions figurant dans l'arrêt *Fedicine*, l'avocat général, M. Van Gerven, a ainsi précisé ce qu'il entendait par une raison impérieuse d'ordre culturel : « cette raison impérieuse peut, selon nous, être décrite, de manière générale, comme la protection, le développement et la diffusion du patrimoine culturel propre d'un État membre ou d'une région d'un État membre, dans un contexte pluraliste et en tant que composante d'un héritage culturel commun aux États membres, ci-après succinctement dénommée « protection du patrimoine culturel »[213] ».

La Cour de justice a reconnu la politique culturelle d'un État membre comme un intérêt général tellement important qu'elle l'a introduite dans sa liste des exigences impératives et des raisons impérieuses, admettant ainsi les valeurs et les enjeux culturels liés à une telle politique. Ainsi, à côté des principes de libre circulation, la Cour de justice a essayé de concilier les intérêts commerciaux et culturels et est arrivée à un résultat d'ensemble plutôt positif en ce qui concerne l'équilibre de ces intérêts si nous en jugeons par la jurisprudence étudiée.

Ayant vu les dispositions des traités et la théorie jurisprudentielle qui accordent ou accorderaient un statut particulier aux biens et services culturels, nous examinerons maintenant le droit dérivé des institutions européennes, plus particulièrement sur la controversée directive *Télévision sans frontières*, afin de terminer notre étude du statut juridique des biens et services culturels en droit communautaire.

2.3 La directive *Télévision sans frontières*, une forme de restriction aux échanges[214]

Sans avoir de compétences explicites issues des traités dans le domaine, la Communauté européenne s'est saisie du dossier de l'audiovisuel au milieu des années 80. Plusieurs facteurs ont contribué à ce que les institutions communautaires prennent en charge certains aspects de la politique audiovisuelle de l'Europe. Les progrès technologiques du câble

213. CJCE, *Federacion de distribuidores*, 1991, conclusions de l'avocat général, point 26.
214. Compte tenu de la vive réaction des États-Unis lors de l'adoption de cette directive par la Communauté européenne, il est permis de penser que cette dernière vient limiter les échanges intracommunautaires même si son objectif premier est la libre circulation de ces derniers.

et du satellite ont mis en évidence les multiples possibilités de diffusion et le nombre incalculable de chaînes disponibles, laissant ainsi entrevoir les possibilités dans l'augmentation de la demande des émissions télévisées. Ajoutons à ce facteur technologique la tendance généralisée qui a pu être constatée, dès les années 80, lorsque les monopoles publics de radiodiffusion ont été remis en cause en Europe. Il faut enfin souligner un autre élément majeur qui a incité la Communauté européenne à se saisir du secteur de l'audiovisuel, à savoir l'échange inégal qui existe sur le marché international des produits de l'audiovisuel entre les États-Unis et l'Europe. Comprenant les enjeux de ce secteur en plein développement, et devant le déséquilibre structurel auquel devaient faire face les États membres, la Communauté européenne a décidé de mettre en place un marché commun de la radiodiffusion et d'harmoniser les lois nationales dans ce secteur d'activité afin de remédier à cette dépendance économique et culturelle. Elle s'est donc attachée à élaborer un cadre réglementaire à l'égard de l'audiovisuel qui s'est matérialisé par divers instruments communautaires comme la directive *Télévision sans frontières* et le programme Média. La genèse de la directive *Télévision sans frontières* permettra de retracer les principaux développements des travaux préparatoires. Le résultat a été l'adoption difficile de cette directive à la fin des années 80, qui a été modifiée en 1997, sans que cette révision apporte des changements majeurs en ce qui concerne la diffusion majoritaire d'œuvres européennes.

2.3.1 La genèse de la directive *Télévision sans frontières*

Les premières réflexions de la Communauté européenne sur une politique audiovisuelle européenne ont fait ressortir une approche plutôt libérale qui se limitait à prescrire les droits politiques des États membres en matière de radiodiffusion. En raison du contraste avec la position qui existe aujourd'hui, nous avons cru opportun de nous arrêter quelques instants sur cette première approche avant de voir comment la Communauté européenne a réussi à prendre en considération les aspects économiques et culturels dans la directive *Télévision sans frontières*.

2.3.1.1 La première approche de la Communauté européenne en matière audiovisuelle

Le rapport du Comité sur les mass médias de 1980 et le livre vert intitulé : *Télévision sans frontières* publié en 1984 par la Commission européenne constituent les véritables premiers travaux européens sur l'audiovisuel. Le Comité sur les mass médias a présenté un rapport contenant des solutions plutôt libérales si nous examinons les conclusions auxquelles il est arrivé : d'une part, le Comité soulignait que la mission de l'État

n'était pas de déterminer ce qui doit être publié et diffusé par les médias ; d'autre part, il spécifiait que les émissions étrangères ne devaient pas être l'objet de discrimination[215].

La Commission européenne, à l'invitation du Parlement européen[216], a été amenée à se pencher sur les questions soulevées par la radiodiffusion et la télévision au sein de la Communauté européenne. À cet effet, elle a présenté en 1984 son livre vert intitulé *Télévision sans frontières*[217], qui renfermait les premières réflexions pour un marché commun des émissions télévisées en Europe. Ce livre vert a permis à la Commission européenne de préciser l'approche qu'elle avait retenue en matière d'harmonisation des lois nationales concernant les activités de radiodiffusion. À cette époque, il semble que seuls les enjeux économiques aient été pris en considération par la Commission européenne, même s'il existe certaines dispositions qui ont trait à la liberté politique des États membres dans le domaine de la radiodiffusion. En effet, si le contenu du livre vert a fait ressortir les préoccupations de la Commission européenne concernant l'établissement d'un marché commun des émissions télévisées, il a occulté les aspects culturels[218]. En 1985, soit un an avant la proposition de directive, l'arrivée de la commission Delors va changer cette approche libérale de la Commission européenne à l'égard de l'audiovisuel pour désormais tenir compte de ses aspects économique et culturel.

---

215. L.G.C. KAPLAN, « The European Community's « Television Without Frontiers » Directive : Stimulating Europe to Regulate Culture », (1994) 8 *Emory International Law Review* p. 271, 273 et 276. Pour d'autres analyses, voir notamment : L.J. DHOOGE, « No Place for Melrose : Channelsurfing, Human Rights, and the European Union's « Television Without Frontiers » Directive », (1996) 16 *New York Law School Journal of International & Comparative Law* 289 ; K.M. MCDONALD, « How Would You Like Your Television : With or Without Borders and With or Without Culture — A New Approach to Media in the European Union », (1999) 22 *Fordham International Law Journal* 1998.
216. Voir la *Résolution du Parlement européen relative à la radiodiffusion et à la télévision dans la Communauté européenne, du 12 mars 1982*, JOCE n° C 87 du 5 avril 1982. Voir aussi la *Résolution du Parlement européen sur une politique conçue en fonction des tendances nouvelles de la télévision européenne*, JOCE n° C 117 du 30 avril 1984, p. 201.
217. *Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion notamment par satellite et par câble*, COM (1984) 300 final du 14 juin 1984. Voir également l'avis du Comité économique et social sur le livre vert : JOCE n° C 303 du 25 novembre 1985.
218. « This argument from economics required the Commission to disavow broadcasting's cultural dimensions, because to concede a central cultural dimension to broadcasting would be to disqualify the Commission from jurisdiction in the broadcasting sector since the Commission was recognised to lack jurisdiction in cultural matters » : R. COLLINS, *Broadcasting and Audio-visual Policy in the European Single Market*, Londres, John Libbey, 1994, p. 55.

2.3.1.2 Les négociations longues et difficiles de la directive *Télévision sans frontières*

La Commission européenne a donné suite à son livre vert de 1984 deux ans plus tard lorsqu'elle a présenté au Conseil la proposition de directive concernant les activités de radiodiffusion au sein de la Communauté européenne[219]. Cette dernière prévoyait, dans son article 2 (qui deviendra l'article 4), que les États membres devaient veiller à ce que les organismes de radiodiffusion accordent 30 p. 100 de leur temps d'antenne à la diffusion d'œuvres communautaires. Ce résultat, sur une période de trois ans, devait petit à petit être porté à un minimum de 60 p. 100 À cela était ajoutée une obligation pour les organismes de radiodiffusion de consacrer 5 p. 100 de leur budget de programmation à des œuvres communautaires, le taux devant atteindre 10 p. 100 sur trois ans.

Le Comité économique et social a donné son avis sur cette proposition en juillet 1988 et a approuvé l'objet de l'article 2[220]. Cependant, il s'est posé des questions sur « l'opportunité des mesures proposées tant en ce qui concerne les possibilités d'atteindre les objectifs poursuivis que dans le contrôle de ces finalités » considérant « que les éléments entrant en ligne de compte pour la détermination des objectifs à atteindre ne sont pas suffisamment précis et clairs »[221].

La proposition de directive a soulevé des problèmes entre les États membres et entre les institutions européennes lors des travaux relatifs à la procédure de coopération. Lorsque le Conseil a transmis en première lecture au Parlement européen la proposition retenue en janvier 1988, ce dernier a majoré le quota de diffusion de 30 p. 100 à 60 p. 100 considérant que seul un taux important permettrait d'atteindre les objectifs de promotion des œuvres européennes[222].

Dans une nouvelle proposition de directive, la Commission européenne a écarté l'amendement du Parlement européen pour le remplacer par des termes pour le moins ambigus : « chaque fois que cela est réalisable

---

219. *Proposition de directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relative à l'exercice d'activités de radiodiffusion*, COM (1986) 146 final. Également dans JOCE n° C 179 du 17 juillet 1986, p. 4.
220. *Avis du Comité économique et social, du 1er juillet 1987, sur la proposition de directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relative à l'exercice d'activités de radiodiffusion*, JOCE n° C 232 du 31 août 1987, p. 29-33.
221. *Id.*, p. 30-31.
222. JOCE n° C 49 du 22 février 1988, p. 56.

et par des moyens appropriés ». Lors de la seconde lecture, en mai 1989, le Parlement européen a modifié la position commune du Conseil, alors que les circonstances ne s'y prêtaient pas, puisque ce dernier et la Commission européenne lui recommandaient de ne pas renforcer les termes de l'article 4. Considérant que la formule n'était pas suffisamment claire, le Parlement européen a amendé l'article 4 de la manière suivante :

> Les États membres font en sorte que, par des moyens appropriés et juridiquement efficaces, les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent, progressivement et en fonction de la situation en cours, une proportion majoritaire de leur temps de diffusion à des œuvres européennes, au sens de l'article 6, dans un délai de 4 ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente directive[223].

Pour sa part, la Commission européenne a choisi d'ignorer les amendements du Parlement européen concernant l'article 4. Parallèlement à ces conflits entre les institutions, il y a également eu des frictions entre les États membres sur la question de savoir si le quota de diffusion était le moyen efficace qui permettrait de répondre au but poursuivi par la Communauté européenne. Certains États membres étaient farouchement opposés à l'idée d'un quota (le Royaume-Uni, la République fédérale d'Allemagne, le Danemark et la Belgique). D'autres, au contraire, voyaient dans cet instrument le seul moyen de préserver les œuvres européennes (principalement la France, mais aussi, et moindrement, la Grèce, l'Italie et l'Espagne). Il faut cependant préciser que des pays comme la République fédérale d'Allemagne, le Danemark ou la Belgique remettaient en cause la compétence culturelle de la Communauté européenne dans un domaine qui appartient à la souveraineté des États. Au terme de longs mois de débats au sein des institutions et entre les États membres, la directive *Télévision sans frontières* a été adoptée, le 3 octobre 1989, par le Conseil, à la majorité qualifiée, et non à l'unanimité, le Danemark et la Belgique ayant voté contre son adoption. Notons que le résultat final est bien différent des propositions de départ et que la directive adoptée est loin de refléter l'obligation des quotas de diffusion qui était prévue.

223. *Décision du Parlement européen concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, doc. A2-159/89, JOCE n° C 158 du 26 juin 1989, p. 139. Les caractères gras précisent les modifications apportées par le Parlement européen.

2.3.2 La directive *Télévision sans frontières* de 1989

La directive 89/552/CEE du Conseil[224], plus généralement appelée directive *Télévision sans frontières*, a apporté un cadre juridique pour les activités de radiodiffusion avec pour objectifs la libre circulation des émissions télévisées au sein de la Communauté européenne et la promotion de la production et de la distribution de ces dernières. Ces objectifs se trouvent dans le préambule de la directive qui précise 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 administrative 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[225].

2.3.2.1 Le contenu de la directive

Le chapitre premier de la directive comporte diverses définitions qui précisent le sens à donner à la radiodiffusion télévisuelle, à la publicité télévisée, à la publicité clandestine et au parrainage. Le chapitre deux comprend des dispositions importantes qui mettent en place une sorte de « contrôle unique ». À cet effet, l'article 2.1 indique ceci :

> Chaque État *veille* à ce que toutes les émissions de radiodiffusion télévisuelle transmises par des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence ou par des organismes de radiodiffusion télévisuelle utilisant une fréquence ou la capacité d'un satellite accordée par cet État membre ou une liaison montante vers un satellite située dans cet État membre, tout en ne relevant de la compétence d'aucun État membre, respectent le droit applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre [l'italique est de nous].

Cette recommandation est renforcée par l'obligation de l'article 2.2 qui dispose ceci : « Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions télévisuelles en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive. »

---

224. Son intitulé exact est le suivant : *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*, JOCE n° L 298 du 17 octobre 1989, p. 23-30. Repris par JOCE n° L 1 du 3 janvier 1994, p. 417, et modifié par JOCE n° L 202 du 30 juillet 1997, p. 60.
225. Directive 89/552/CEE, *Télévision sans frontières*, treizième considérant.

Les États membres sont toutefois autorisés à interrompre temporairement la retransmission des émissions télévisées dans des cas précis (protection des mineurs) et sous certaines conditions. L'article 3 permet cependant la discrimination à rebours en accordant aux États membres la possibilité d'édicter des règles plus sévères à l'égard des organismes de radiodiffusion.

Le chapitre trois est important puisque c'est lui qui a suscité les conflits bien connus entre les États membres et au sein même des institutions communautaires. Il s'intitule : « Promotion de la distribution et de la production de programmes télévisé ». C'est dans celui-ci que se trouve l'article 4.1 qui décrète ce qui suit :

> Les États membres *veillent chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés*, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent à des œuvres européennes, au sens de l'article 6, *une proportion majoritaire* de leur temps de diffusion, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité ou aux services de télétexte. Cette proportion [...], devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés [l'italique est de nous].

Le paragraphe 2 de l'article 4 introduit un effet de cliquet puisque, si un État membre ne peut satisfaire aux obligations imposées par le premier paragraphe, il ne peut se situer en dessous de la proportion qui existait en 1988, exception faite pour la Grèce et le Portugal où l'année de référence est 1990. Le paragraphe 3 suppose que tous les deux ans, depuis le 3 octobre 1991, les États membres doivent communiquer un rapport à la Commission européenne faisant état de l'application des articles 4 et 5. Le paragraphe 4 prévoit un réexamen de cet article, au plus tard cinq ans après l'adoption de cette directive.

L'article 5 de la directive est consacré à la promotion de la diffusion et de la production d'œuvres indépendantes :

> Les États membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent au moins 10 % de leur temps d'antenne, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité ou aux services de télétexte, ou alternativement, au choix de l'État membre, 10 % au moins de leur budget de programmation, à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle.

Une priorité devra être donnée aux œuvres récentes, « c'est-à-dire des œuvres diffusées dans un laps de temps de cinq ans après leur production ».

L'article 6 donne une définition de l'œuvre européenne qui est plutôt compliquée et qui se résume ainsi : sont considérées comme des œuvres européennes « les œuvres originaires d'États membres de la Communauté », ainsi que « les œuvres originaires d'États tiers européens parties à

la convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe » et qui respectent l'exigence selon laquelle ses œuvres « sont réalisées essentiellement avec le concours d'auteurs et de travailleurs résidant dans un ou plusieurs États ». Cette première condition est subordonnée à d'autres qui ne sont pas cumulatives, à savoir : que les œuvres « sont réalisées par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États » ; ou « la production de ces œuvres est supervisée et effectivement contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États » ; ou, enfin, « la contribution des coproducteurs de ces États est majoritaire dans le coût total de la coproduction, et celle-ci n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors de ces États ». Les œuvres originaires d'autres États tiers européens qui sont « réalisées soit exclusivement, soit en coproduction avec les producteurs établis dans un ou plusieurs États membres, par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs pays tiers européens » font partie de la définition. Lorsque la réalisation sera effectuée majoritairement par les producteurs des pays tiers européens, « la Communauté conclura des accords selon les procédures prévues par le traité », selon le paragraphe 3 de l'article 6.

L'article 7 est relatif à la chronologie des médias. Il interdit la diffusion télévisuelle des films cinématographiques durant deux ans à compter du jour de l'exploitation en salle dans un pays de la Communauté européenne. Cette interdiction se voit limitée s'il y a un accord entre les détenteurs des droits et l'organisme de radiodiffusion. Pour ce qui est des coproductions, le délai est de douze mois.

L'article 8 donne aux États membres qui le souhaitent la possibilité de prendre des mesures plus contraignantes pour l'atteinte « d'objectifs de politique linguistique », mais ils doivent se conformer au droit communautaire.

L'article 9 précise que le champ d'application du chapitre trois de la directive se limite aux émissions télévisées nationales et régionales puisqu'il ne « s'applique pas aux émissions de télévision à caractère local qui ne font pas partie d'un réseau national ».

Les chapitres quatre (« Publicité télévisée et parrainage »), cinq (« Protection des mineurs »), six (« Droit de réponse ») et sept (« Dispositions finales ») ne concernant pas l'objet de notre étude, nous reviendrons maintenant sur l'interprétation de l'article 4 de la directive.

2.3.2.2 La portée juridique de l'article 4 de la directive

Certaines dispositions de la directive ont été jugées sévèrement au regard des problèmes qu'elles ont soulevés. Par exemple, la rédaction de l'article 2 ne permettait pas de connaître clairement la loi nationale applicable

dans certains cas. Ou encore, l'article 6, qui concerne la définition de l'œuvre européenne, avait un contenu trop large puisqu'il visait les résidents de la Communauté européenne et non ses ressortissants. Cependant, c'est l'article 4 qui a suscité le plus d'interrogations juridiques.

Nous avons vu que si, au départ, les dispositions proposées obligeaient les États à diffuser une proportion d'œuvres européennes, le résultat finalement retenu laisse aux États membres une certaine latitude. En effet, ces derniers sont tenus de diffuser une proportion majoritaire d'œuvres européennes « chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés ». Quelle est la valeur juridique de cette disposition ?

Une première approche a rassemblé ceux qui avançaient que l'article 4 n'avait aucune portée juridique contraignante. La formule imprécise « chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés » et la diffusion d'une « proportion majoritaire » d'œuvres européennes ont appuyé le raisonnement selon lequel l'article 4 n'avait pas de force obligatoire. Par ailleurs, cette approche a été renforcée par les allocutions publiques de certains fonctionnaires de la Commission européenne qui ont déclaré, au lendemain de l'adoption de la directive, que cet article devait être considéré comme une déclaration d'intention politique plutôt que comme une obligation légale[226]. Peu après ces propos, une question écrite a été posée à la Commission européenne à laquelle M. Bangemann a donné suite dans des termes similaires mais plus nuancés :

> [...] la rédaction des articles 4 et 5 est le résultat d'un compromis difficile, [elle] laisse aux États membres une grande discrétion, [...] et surtout, elle introduit un élément de flexibilité qui indique que le respect des objectifs ne peut pas aller à l'encontre des contraintes techniques ou des exigences d'équilibre économique. La flexibilité de la rédaction, si elle rend l'appréciation difficile, n'ôte toutefois rien au caractère juridique de l'obligation qui s'analyse comme une obligation de comportement[227].

Cette réponse, qui venait en quelque sorte éclaircir les propos du commissaire européen, a permis à certains auteurs américains d'affirmer le caractère non contraignant de l'article 4 : « The television broadcasting directive, however, is unique because its quota provisions create loopholes and exceptions. These allowances render the quota system effectively

226. Soulignons ici toutefois que la déclaration publique du commissaire Bangemann à l'égard des quotas de diffusion était aussi destinée à atténuer la vive réaction des États-Unis qui avaient déjà entrepris des représailles contre la Communauté européenne devant le GATT.

227. Question écrite n° 758/89 de M. Kenneth Collins à la Commission des Communautés européennes, 23 novembre 1989, JOCE n° C 97 du 17 avril 1990, p. 21-22.

nonbinding. [...] Together with the loophole and popular perception, however, the exceptions confirms that quota system is truly nonbinding in nature[228]. » Cette affirmation a eu le même écho en Europe : « Une telle formulation est dépourvue de toute portée juridique contraignante et un protocole interprétatif est venu confirmer qu'elle était seulement dotée d'une portée politique. Ce qui signifie notamment que la Cour de justice des Communautés ne pourra pas être saisie de ses violations[229]. »

Par ailleurs, un rapport de 1994 sur la politique audiovisuelle mise en œuvre par la Commission européenne, tout en confirmant à nouveau cette approche, remettait en cause l'effectivité des articles 4 et 5 de la directive :

> [...] considering the often and not very binding nature of the directive, it is to be wondered whether a real evaluation will be possible. Moreover, it is quite improbable that it will be possible to determine, in the case where there has been compliance with the Directive (and this depends a lot on how each country has transposed it in its legislation and the specifications imposed on the different broadcasters), whether any success of Articles 4 and 5 is due to its merits or to the spontaneous demand of the market[230].

À l'inverse, selon d'autres points de vue, l'article 4 aurait une force obligatoire. Bien que les termes employés dans cet article ne soient pas clairs, il semble que ce dernier soit tout de même dangereux pour les intérêts des États-Unis[231]. Pour certains, si les institutions communautaires, le Conseil en particulier, avaient voulu que les articles 4 et 5 ne soient pas contraignants, elles l'auraient spécifié dans le texte de la directive[232]. Par ailleurs, la nature même de l'instrument communautaire retenu, une directive, a d'elle-même une force obligatoire[233]. Beaucoup ont considéré que, malgré les déclarations de la Commission européenne concernant la flexibilité des mesures, celle-ci avait démontré son intention de faire respecter les obligations de la directive ; et que, selon le Traité CE, elle se devait de

228. L.K. WILKINS, « Television Without Frontiers : An ECC Broadcasting Premiere », (1991) 14 *Boston College International & Comparative Law Review* 207-208.
229. S. REGOURD, *La télévision des Européens, Vivre en Europe*, Paris, La Documentation française, 1992, p. 181.
230. *Report by the Think-Thank on the Audiovisual Policy in the European Union*, Luxembourg, Official Publications of the European Communities, 1994, p. 37.
231. B.L. ROSS, « I Love Lucy, But the European Community Doesn't : Apparent Protectionism in the E.C.'s Broadcast Market », (1990) 16 *Brooklyn Journal of International Law* 547.
232. *Id.*, 539 ; K.M. MCDONALD, *loc. cit.*, note 215, 2006 et 2017.
233. B.L. ROSS, *loc. cit.*, note 231, 539 et 547.

le faire avec, au besoin, l'aide de la Cour de justice[234]. L'alinéa 3 de l'article 4, qui permet un contrôle de la Commission européenne puisque les États membres doivent remettre des rapports sur l'état d'application des articles 4 et 5 de la directive, confirmerait aussi le caractère contraignant de la disposition[235]. De plus, certains ont condamné les allocutions publiques proclamant le caractère non contraignant de l'article 4 et ont précisé que ces dernières ne devaient pas être surestimées : « Therefore, despite any improper terminology, Member States are bound by all the Directive's provisions as to the result to be achieved, European content requirement inclusive[236]. »

Même si le choix des termes « chaque fois que c'est réalisable » a diminué considérablement la portée de l'article 4, il faut cependant souligner qu'une « proportion majoritaire d'œuvres européennes » est requise, c'est-à-dire au-delà de 50 p. 100 De plus, les États membres sont libres d'aller plus loin que ces exigences. Par ailleurs, cette disposition se trouvant dans une directive, le résultat à atteindre s'impose pour les États membres ; même si les moyens pris sont laissés à leur discrétion, elle revêt ainsi un caractère juridique contraignant. La Commission européenne a d'ailleurs intenté des recours contre les États membres qui n'avaient pas transposé correctement les dispositions de la directive. Cela laisse penser que, malgré le manque de clarté des termes employés, l'article 4 a un caractère plus contraignant que ce qui a été dit.

2.3.2.3 L'appréciation de l'article 4 de la directive

Au 3 octobre 1991, soit deux ans après l'adoption de la directive *Télévision sans frontières*, les États membres devaient avoir transposé cette dernière dans leur législation. De nombreuses difficultés se sont présentées lors de la transposition de la directive et les États membres ont fait une

234. J. FILIPEK, « « Culture Quotas » : The Trade Controversy Over the European Community's Broadcasting Directive », (1992) 28 *Stanford Journal of International Law* 360 ; K.L. KESSLER, « Protecting Free Trade in Audiovisual Entertainment : A Proposal for Counteracting the European Union's Trade Barriers to the U.S. Entertainment Industry's Exports », (1995) 26 (2) *Law and Policy in International Business* 574 ; J.D. DONALDSON, « « Television Without Frontiers » : The Continuing Tension Between Liberal Free Trade and European Cultural Integrity », (1996) 20 *Fordham International Law Review* 103 ; L.J. DHOOGE, *loc. cit.*, note 215, 329.

235. J.D. DONALDSON, *loc. cit.*, note 234, 335 et 361.

236. V. SALVATORE, « Quotas on TV Programmes and EEC Law », (1992) 29 *Common Market Law Review* 980 ; S. DELMAS, *La libre prestation des services audiovisuels en Europe*, thèse de doctorat, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse I, juin 1996, p. 426.

large interprétation de l'article 4. Depuis le début des années 90, la Commission européenne a introduit des recours à l'égard des États membres qui manquaient à leurs obligations comme la France[237], le Royaume-Uni[238], la Belgique[239], l'Italie et l'Espagne. La Commission européenne a produit plusieurs communications sur la base de l'article 4.3 de la directive. Dans la première, du 4 mars 1994[240], qui englobait la première année d'application de la directive, soit d'octobre 1991 à décembre 1992, elle a constaté les problèmes soulevés par le contrôle des quotas du fait de l'application arbitraire de l'article 4 par les États membres et du peu de données contenues dans les rapports nationaux.

Par ailleurs, la même communication a mis en évidence l'application des quotas par la majorité des chaînes de télévision des États membres. En effet, la plupart des chaînes généralistes hertziennes de la Communauté européenne se sont conformées à l'obligation des articles 4 et 5 et ont diffusé majoritairement des œuvres européennes. La situation a été différente dans le cas des chaînes thématiques ainsi que de celles qui sont arrivées récemment sur le marché. Dans la deuxième communication[241], qui a été transmise le 15 juillet 1996, et qui portait sur la période allant de janvier 1993 à décembre 1994, la Commission européenne a de nouveau observé que la diffusion majoritaire d'œuvres européennes a été respectée par l'ensemble des diffuseurs et que certains sont même allés au-delà de la

237. En 1992, la Commission européenne a introduit une procédure d'infraction contre la France. Cette dernière n'ayant pas encore rendu sa législation conforme à la directive à la fin de 1998, la Commission européenne a saisi la Cour de justice d'un recours contre la France pour manquement à ses obligations. Il est reproché cinq griefs dont un régime d'autorisation préalable pour la distribution par câble : [En ligne], [http ://europa.eu.int/rapid/start/cgi/gue] (janvier 2000).

238. *Recours de la Commission européenne du 28 juillet 1994 contre le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord*, JOCE n° C 275, p. 16. CJCE, arrêt du 10 septembre 1996, aff. C-222/94, *Commission* c. *Royaume-Uni*, Rec., p. I-4025. La Cour de justice a apporté des précisions sur l'interprétation des paragraphes 1 et 2 de l'article 2 de la directive *Télévision sans frontières* : CJCE, arrêt du 29 mai 1997, aff. C-14/96, *Denuit*, Rec., p. I-2785 ; CJCE, arrêt du 5 juin 1997, aff. C-56/96, *VT4 Ltd*, Rec., p. I-3143.

239. *Recours de la Commission européenne du 13 janvier 1995 contre le Royaume de Belgique*, JOCE n° C 54, p. 10. CJCE, arrêt du 10 septembre 1996, aff. C-11/95, *Commission* c. *Royaume de Belgique*, Rec., p. I-4115. En juillet 1999, une nouvelle procédure d'infraction contre la Belgique dans l'affaire *VT4/Vlaams Commissariaat voor de Media* était intentée. Voir : [En ligne], [http ://europa.eu.int/rapid/start/cgi/gue] (janvier 2000).

240. *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à l'application des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE Télévision sans frontières*, COM (1994) 57 du 3 mars 1994.

241. Application des articles 4 et 5 de la *Directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières »*, COM (1996) 302 final du 15 juillet 1996.

majorité requise. La même communication a également constaté que les États membres avaient transposé dans leur législation les articles 4 et 5 de la directive, même si le délai a été plus long que prévu. Dans la troisième communication sur la mise en œuvre des articles 4 et 5, et qui concernait la période allant du 1er janvier 1995 au 31 décembre 1996, la Commission européenne est arrivée à deux conclusions[242]. La première relevait le nombre croissant de chaînes de télévision en Europe au cours des dernières années. La seconde concernait la diffusion majoritaire d'œuvres européennes : la Commission européenne notait « des résultats globalement satisfaisants, dans la mesure où les objectifs de la directive sont le plus souvent atteints ». Cependant, elle a insisté pour dire qu'il fallait être prudent dans l'interprétation de ces données : « en effet, ces chiffres bruts ne rendent pas compte des évolutions parfois considérables de certaines chaînes sur la période, ni de la position exacte des chaînes par rapport à la proportion des 51 %[243] ». Dans cette communication, la Commission européenne a fait un bilan des raisons données par les chaînes de télévision qui ne respectaient pas la proportion majoritaire de diffusion d'œuvres européennes. Pour ce qui est des chaînes thématiques, elles mettent en avant la nature de leur spécialisation qui les empêche de s'approvisionner, car il n'y a pas de stocks d'œuvres européennes suffisants. En ce qui concerne les chaînes qui se consacrent à la diffusion de films, étant donné qu'elles sont dépendantes des résultats que les films font dans les salles et puisque les films européens ne sont pas majoritairement diffusés sur les écrans, elles ne peuvent respecter la proportion requise. En dernier lieu, les nouvelles chaînes précisent que leur arrivée récente sur le marché ne leur permet pas de se conformer à l'article 4[244].

La difficile mise en application des dispositions de la directive ne doit pas laisser croire que ses effets sont limités puisque nous venons de voir que les États membres se sont conformés dans l'ensemble à la diffusion majoritaire d'œuvres européennes. Au début des années 90, les effets de la directive étaient inexistants en raison des problèmes de transposition éprouvés et de sa courte existence. De ce fait, la domination des États-Unis était encore visible sur les écrans européens : « According to the American Film Market Seminar in Hollywood, despite the Television Without

242. *Troisième communication de la Commission au Conseil et au Parlement relative à la mise en œuvre des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières » pour la période 1995 et 1996 incluant une évaluation générale de la mise en œuvre pour la période 1991-1996*, COM (1998) 199 du 3 avril 1998.

243. *Ibid.*

244. *Id.*, p. 58.

Frontiers Directive, American movies and television continue to « reign supreme » in Europe[245]. »

La conclusion selon laquelle les dispositions de la directive n'avaient pas d'effet était donc de mise : « although the broadcasting directive may set a precedent for future barriers to the EEC in general, it does not at present severely restrict foreign access to the expanding EEC television market[246] ».

Cependant, il faut actualiser ces tendances, car depuis peu se dessine une diminution de la diffusion des émissions télévisées américaines sur les écrans européens :

> Since the Directive was passed seven years ago, all Member States have implemented it into their national laws and the result has been that a gradual decline in the number of U.S. television programs shown in the Member States has taken place, so that as of 1994, roughly only fifty percent of television programs broadcast on European Union Member States' television channels are of U.S. origin[247].

Il en va également ainsi dans le cas des films puisqu'il y a eu diminution des parts de marché des films américains dans les salles au cours des dernières années[248]. Par ailleurs, les coproductions entre les États-Unis et les États membres ont beaucoup augmenté à la fin des années 90[249], alors qu'en 1997 les accords de coproductions européennes ont diminué[250].

Par contre, un problème subsiste dans le cas des petits États membres qui doivent se conformer aux quotas et qui ne disposent pas de stocks d'émissions suffisants pour alimenter leur temps d'antenne. Depuis l'adoption de la directive, ces derniers ne peuvent plus aller puiser dans les répertoires américains ou latino-américains puisqu'ils doivent diffuser une proportion majoritaire d'œuvres européennes. Il faut donc qu'ils s'approvisionnent en émissions télévisées européennes qui coûtent bien plus cher.

---

245. D. QUINTERO, « American Television and Cinema in France and Europe », *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 18, 1994, p. 117. L'auteur cite un article du *The Hollywood Reporter* daté du 6 mars 1992.
246. L.K. WILKINS, *loc. cit.*, note 228, 195.
247. S.P. O'CONNELL, « Television Without Frontiers : The European Union's Continuing Struggle for Cultural Survival », (1996) 28 *Case Western Reserve Journal of International Law* 501.
248. A. LANGE, « Tendances du marché mondial du film », tableaux et graphiques 1990-1997) : *Observatoire européen de l'audiovisuel*, 43. Voir : [En ligne], [http// :www.obs.coe.int] (septembre 1999).
249. *Ibid.*
250. D. HANCOCK, « La production cinématographique mondiale », document de travail, Venise, 29-30 août 1998 : [En ligne], [http ://www.obs.c-strasbourg.fr] (septembre 1999).

Malgré ce constat d'ensemble plutôt positif, les États-Unis dominent encore le secteur, l'Union européenne ne pouvant rattraper un retard vieux de 40 ans en l'espace d'une décennie. Elle doit donc continuer à adapter et à préciser sa politique audiovisuelle, ce qu'elle a tenté de faire en révisant la directive *Télévision sans frontières*.

2.3.3 La révision de la directive *Télévision sans frontières* (1997)[251]

La révision de la directive n'a pas été sans poser des problèmes. Au début de 1995, le départ de la commission Delors, remplacée par la commission Santer, a remis à jour la question des quotas de diffusion, ce qui a relancé tout le débat au sein des États membres comme des institutions.

2.3.3.1 L'état des lieux des travaux communautaires pendant la révision[252]

Lors du Conseil à Essen, en décembre 1994, les chefs d'État et de gouvernement ont invité la Commission européenne à soumettre une proposition de révision de la directive *Télévision sans frontières*. Celle-ci, dans son premier rapport d'application de la directive du 31 mai 1995[253], a conclu qu'il devenait nécessaire de réviser la directive.

Durant l'été 1995, la Commission européenne a présenté le texte de la proposition de directive[254]. L'article 4 était visé par la révision, et la Commission européenne suggérait d'enlever la formule « chaque fois que cela est réalisable » tout en conservant les termes « par des moyens appropriés » et « une proportion majoritaire ». Si la proposition enlevait le caractère nébuleux de l'article 4, elle introduisait par ailleurs une limite dans le temps

---

251. *Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, JOCE n° L 202 du 30 juillet 1997, p. 60-71.
252. Pour un examen précis de la situation avant la révision : S. DELMAS, *op. cit.*, note 236, p. 445-458. En ce qui concerne le projet de révision de la directive : V. CASTILLE, « La directive « Télévision sans frontières » : synthèse et évolution des négociations », dans C. DOUTRELEPONT et M. WAELBROECK (dir.), *op. cit.*, note 212, p. 79.
253. *Rapport de l'application de la directive 89/552/CEE de la Commission*, COM (1995) 86 final du 31 mai 1995.
254. *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, COM (1995) 86 final du 31 mai 1995, JOCE n° C 185 du 19 juillet 1995, p. 4-10.

puisque, selon l'article 3 de cette dernière, « les dispositions de l'article 1er point 5 [c'est-à-dire les changements apportés à l'article 4 de la directive] sont d'application effective pour une durée de dix ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente directive ». À défaut de spécifier la proportion d'œuvres européennes, il semblait préférable d'apporter une durée de vie au quota de diffusion. La Commission européenne proposait aussi que l'obligation ne soit pas la même pour les chaînes thématiques (œuvres cinématographiques ou de fiction, documentaires et dessins animés). En effet, ces dernières auraient eu le choix soit de respecter l'article 4.1, soit de consacrer 25 p. 100 de leur budget de programmation aux œuvres européennes. Le Comité économique et social a rendu son avis sur la proposition quelques mois plus tard et a émis certaines réserves sur les nouvelles dispositions concernant les quotas de diffusion[255]. S'il approuvait la suppression de la formule « chaque fois que cela est réalisable », ce qui arrivait à un « régime strictement obligatoire », le Comité économique et social dénonçait la fin des quotas après dix ans d'existence : « le Comité ne peut admettre la suppression de l'article 4 après une durée de 10 ans sans forme d'évaluation », et de poursuivre : « son expiration ne peut dès lors être arrêtée de façon arbitraire »[256]. Il remettait aussi en cause la différence faite entre les chaînes généralistes et certaines chaînes thématiques. À la fin de 1995, la proposition de directive a été transmise en première lecture au Parlement européen en vertu de la procédure de codécision, lequel a apporté un certain nombre d'amendements qui figurent dans son avis rendu en février 1996[257]. En ce qui concerne la diffusion des quotas, le Parlement européen a sensiblement modifié l'article 4 :

> Les États membres veillent, par des moyens appropriés *et juridiquement efficaces*, à ce que, *dans le cadre de l'organisation de leur système de radiodiffusion*, les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent, à des œuvres européennes, au sens de l'article 6, une proportion majoritaire de leur temps de diffusion, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, *à des émissions produites principalement en studio et n'entrant ni totalement ni partiellement dans la catégorie des œuvres théâtrales, des longs métrages de type documentaire ou des manifestations artistiques originales*, à la publicité ou aux services de télétexte ou de télé-achat.

255. *Avis du Comité économique et social sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, JOCE n° C 301 du 13 novembre 1995, p. 35-41.

256. *Id.*, p. 37, paragraphe 3,9.

257. *Modifications apportées par le Parlement à la proposition de directive*, JOCE n° C 65 du 4 mars 1996, p. 96-113.

> Les États membres encouragent les radiodiffuseurs à faciliter la diffusion des œuvres européennes non nationales[258].

Sur l'article 3 de la proposition, c'est-à-dire celui qui prescrit une durée de dix ans pour les quotas, il est surprenant de voir que le Parlement européen, plutôt que de les supprimer, proposait de les réviser à l'arrivée de ce terme. Il faut observer ici sa volonté de faire accepter l'amendement relatif à l'article 4 par le Conseil et de lui donner ainsi concrètement une force obligatoire. Plutôt que de supprimer le terme de dix ans inséré par la Commission européenne, et de voir le Conseil débattre de cette nouvelle disposition, le Parlement européen a préféré introduire une révision, procédure moins absolue que le terme envisagé.

À la suite des amendements du Parlement européen, la Commission européenne a soumis une proposition modifiée de directive[259]. Les articles 4 et 5 n'ont pas été changés et leur rédaction est la même que celle de la première version de la proposition de directive. Le Conseil a adopté une position commune sur ce texte au milieu de l'été 1996[260]. Ce dernier n'a pas suivi les propositions initiales de la Commission européenne et a préféré garder tels quels les articles 4 et 5 sans y apporter de grand changement, si ce n'est l'ajout des services de télé-achat qui font désormais partie des exclusions. En deuxième lecture, en novembre 1996, le Parlement européen a adopté la position commune[261] et a préféré le maintien des dispositions

258. *Id.*, p. 103, amendement 29. Les mots en caractère italique sont les modifications apportées par le Parlement européen à la *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, COM (1995) 86 final du 31 mai 1995, JOCE n° C 185 du 19 juillet 1995, p. 4-10.

259. *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, COM (1996) 200 final du 7 mai 1996, JOCE n° C 221 du 30 juillet 1996, p. 10-30.

260. Position commune (CE) n° 49/96 arrêtée par le Conseil, le 8 juillet 1996, en vue de l'adoption de la *Directive 96/.../CE du Parlement européen et du Conseil, du ..., modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, JOCE n° C 264 du 11 septembre 1996, p. 52-69.

261. *Décision concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, A4-0346/96, JOCE n° C 362 du 2 décembre 1996, p. 56-64.

relatives à l'article 4 : il a donc suivi le Conseil en acceptant que les dispositions en place ne soient pas modifiées. Précisons que si le Parlement européen avait voulu amender la position, il aurait dû recueillir un vote à la majorité absolue, ce qui était illusoire à ce moment-là. À la fin de décembre 1996, la Commission européenne a présenté une communication afin de tenir compte des amendements du Parlement européen sur la position commune[262]. Elle a suivi les propositions du Conseil, acceptées par le Parlement européen, de laisser inchangé le système des quotas de diffusion, venant ainsi en contradiction avec les intentions qu'elle avait formulées dans la première proposition de modification de la directive. Cette seconde proposition de révision a été adoptée par le Parlement européen en troisième lecture[263] et le Conseil au début de juin 1997. La directive 89/552/CEE, *Télévision sans frontières* a été modifiée le 30 juin 1997 par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil. Au 30 décembre 1998, les États membres devaient rendre leurs lois nationales conformes aux modifications de la directive révisée (article 2 de la directive 97/36/CE). À ce jour, douze États sur quinze ont transposé la directive, les trois qui ne l'ont pas fait étant l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, contre lesquels la Commission a intenté des recours devant la Cour de justice[264].

2.3.3.2 Le contenu de la directive et les modifications apportées

La nouvelle directive *Télévision sans frontières* comporte des changements majeurs sous certains aspects[265]. Toutefois, les articles 4 et 5 concernant les quotas de diffusion n'ont été que légèrement modifiés et leur rédaction est presque identique à celle qui figure dans la directive de 1989.

À la suite à de nombreux recours devant la Cour de justice sur la question de la législation nationale applicable aux radiodiffuseurs, la nouvelle directive se devait de combler ces incertitudes juridiques. L'article 2.3 détermine une fois pour toutes la compétence de l'État membre, et c'est le critère d'établissement qui a été retenu, suivant ainsi l'approche dégagée

---

262. *Avis de la Commission européenne concernant les amendements apportés par le Parlement européen concernant la position commune du Conseil*, COM (1996) 626 final du 4 décembre 1996.
263. A4-0201/97, JOCE n° C 200 du 30 juin 1997, p. 25.
264. *IIIe rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social concernant l'application de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières »*, COM (2001) 9 final du 15 janvier 2001.
265. Pour un examen complet : A. MEYER-HEINE, « Les apports de la nouvelle directive « Télévision sans frontières » du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998 », (1999) 35 (1), *Revue trimestrielle de droit européen* 95-109.

par la Cour de justice. Ce critère a été défini comme le lieu du siège social et le lieu où la direction de la programmation prend ses décisions. La nouvelle directive précise aussi que, dans les cas où l'organisme de radiodiffusion réalise sa programmation dans un État membre et a son siège social dans un autre, les effectifs devront alors être pris en considération. L'article 2 bis confirme le principe de la liberté de réception et de retransmission et l'alinéa 2 permet toujours aux États membres de déroger temporairement à cette obligation lorsque les articles 22 et 22 bis ont été violés (protection des mineurs), exception qui est assortie de conditions cumulatives.

Les articles 4 et 5 restent dans l'ensemble tels quels. La formule « chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés » n'a pas été supprimée, comme cela s'annonçait au début des travaux de la révision. Le Conseil ayant préféré laisser la question des quotas en l'état, il n'a pas souhaité changer la nature de la disposition. Cependant, précisons que la liste des émissions télévisées qui ne sont pas comprises dans l'obligation de diffusion a été allongée puisque le télé-achat fait désormais partie des articles 4 et 5. À l'initiative de la Commission européenne, les chaînes de télévision qui diffusent dans une langue autre que celles des États membres ne sont pas liées par les articles 4 et 5 (vingt-neuvième considérant).

Par ailleurs, l'article 6 de la nouvelle directive apporte des précisions sur la définition d'une œuvre européenne et comprend les coproductions. L'article 7, qui concerne la chronologie des médias, ne comporte plus l'obligation pour les États membres de veiller « à ce que les organismes de radiodiffusion ne procèdent à aucune diffusion d'œuvres cinématographiques. Désormais, chaque État membre doit voir à ce que les radiodiffuseurs ne diffusent pas d'œuvres cinématographiques en dehors des délais convenus avec les ayants droit. À l'initiative du Conseil, l'article 23 bis est ajouté et instaure un comité de contact qui a pour mandat, notamment, d'analyser la mise en application des articles 4 et 5. Par ailleurs, l'article 25 bis a été inséré, lequel prévoit un contrôle de l'article 4 : « un réexamen, tel que prévu à l'article 4 paragraphe 4, a lieu avant le 30 juin 2002. Il tient compte d'une étude indépendante sur l'impact des mesures concernées aux niveaux communautaires et national. »

Les autres dispositions de la nouvelle directive concernant la publicité, le télé-achat, le parrainage, la protection des mineurs et de l'ordre public, ainsi que le droit de réponse du citoyen, n'ont pas leur place ici pour une analyse. Nous estimons plus intéressant de nous pencher à présent sur les conséquences de l'adoption de la nouvelle directive *Télévision sans frontières*.

2.3.3.3 La portée de la nouvelle directive

Les changements mineurs apportés aux articles 4 et 5 de la nouvelle directive laissent penser que la portée de ces dispositions est la même que celle qui a été dégagée antérieurement. Selon une communication de la Commission européenne, « l'obligation instaurée par ce dispositif continue donc de s'analyser davantage comme une obligation de comportement, par rapport à une obligation de résultat, compte tenu de sa rédaction particulière[266] ».

La Commission européenne a tenu à préciser qu'elle n'hésitera pas à agir à l'égard des États membres qui ne se conformeront pas aux objectifs des articles 4 et 5. Malgré cela, l'approche voulant que l'article 4 n'ait pas une force juridique obligatoire a refait surface : « Il semble même que les lacunes essentielles du texte de 1989 n'aient pas été comblées. On pense, en particulier, au problème des quotas de diffusion de programmes européens, qui demeurent régis par des principes vagues et non contraignants[267]. » Ainsi, ces « mesures qui ont été retenues dans le texte final, représentent un changement minimal à la directive 89/552/CEE. Le *statu quo* existe donc à l'égard des obligations de promouvoir des œuvres européennes[268]. »

Par ailleurs, le changement apporté à l'article 7, qui concerne la chronologie des médias, risque de soulever des problèmes dans certains États membres tels que la France. Désormais, ce n'est plus l'État qui doit veiller au respect des délais de diffusion, mais ceux qui en ont les droits. Il est donc probable que certains se prévaudront de ce nouvel article 7 afin de remettre en cause la compatibilité des mesures nationales qui prévoient des délais plus longs[269].

Soulignons enfin la création d'un comité de contact qui ajoute un contrôle supplémentaire à l'article 4.3 dans la mise en œuvre de la nouvelle

---

266. *Troisième communication de la Commission au Conseil et au Parlement relative à la mise en œuvre des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières » pour la période 1995 et 1996 incluant une évaluation générale de la mise en œuvre pour la période 1991-1996*, COM (1998) 199 final du 3 avril 1998, p. 61. Réaffirmé dans la *Quatrième communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la mise en œuvre des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières » pour la période 1997 et 1998*, COM (2000) 442 final du 17 juillet 2000, p. 4.
267. A. MEYER-HEINE, *loc. cit.*, note 265, 108.
268. A. FORREST, « La politique audiovisuelle de l'Union européenne », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 412, 1997, p. 599.
269. A. MEYER-HEINE, *loc. cit.*, note 265, 108.

directive. Cela laisse penser que les institutions européennes souhaitent mettre tout en œuvre pour l'atteinte des objectifs visés par la nouvelle directive.

La quatrième communication de la Commission européenne concernant l'application des articles 4 et 5 de la nouvelle directive a été publiée en 2000. Cette communication a dégagé plusieurs conclusions. Parmi ces dernières, la Commission européenne a précisé une nouvelle fois que les résultats sont en général satisfaisants et que les chaînes de télévision ont respecté le quota de diffusion : « La moyenne pondérée de transmissions d'œuvres européennes diffusées par les chaînes majeures varie selon les pays entre environ 81,7 % et 53,3 %, à l'exception du Luxembourg (RTL Tele Lëtzebuerg) qui atteint le niveau de 100 % et le Portugal qui reste à 43 %. »[270] La Commission européenne a souligné que la plupart des États membres avaient introduit des mesures plus restrictives que celles qui ont été imposées par la nouvelle directive. Par ailleurs, les raisons invoquées pour le non-respect de la diffusion d'œuvres européennes sont essentiellement les mêmes que celles qui ont été précisées dans les communications antérieures : il suffit de se reporter ici à nos constatations précédentes.

Avant même la parution de son quatrième rapport, en juin 1999, la Commission européenne avait donné les orientations à suivre par les États membres pour l'élaboration du cinquième rapport qui portait sur la période 1999-2000[271]. Ces orientations ont principalement concerné la définition donnée aux organismes de radiodiffusion télévisuels et son champ d'application, la tutelle des organismes de radiodiffusion, le temps de diffusion pertinent et la notion d'œuvres européennes.

La Commission européenne a présenté le troisième rapport, qui englobe la période allant de juillet 1997 à décembre 2000, relatif à l'application de la directive *Télévision sans frontières*, comme le précise l'article 26 de cette dernière[272]. Ce rapport ne fait que réitérer les conclusions for-

---

270. *Quatrième communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la mise en œuvre des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières » pour la période 1997 et 1998*, COM (2000) 442 final du 17 juillet 2000. Voir aussi : *Ve rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières »*, COM (2002) 612 final, du 8 novembre 2002.

271. *Orientations suggérées pour suivre l'application des articles 4 et 5 de la directive « Télévision sans frontières »*, Commission européenne, DG X, 11 juin 1999 : [En ligne], [http://europa.eu.int/comm/dg10/avpolicy/twf/art45/art45-intro_fr.html] (janvier 2000).

272. *IIIe rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social concernant l'application de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières »*, COM (2001) 9 final du 15 janvier 2001.

mulées dans la communication de la Commission européenne que nous venons de voir en ce qui concerne la promotion de la distribution et de la production d'émissions télévisées. Précisons enfin qu'un réexamen de la directive *Télévision sans frontières* est prévu pour 2003[272a].

Conclusion

Notre article nous a permis de mettre en évidence le statut juridique ambivalent réservé aux biens et services culturels en droit communautaire. En effet, nous avons pu constater que le principe de libre circulation s'applique aux mesures nationales relatives aux biens et services culturels qui restreignent les échanges communautaires. Cependant, nous avons aussi précisé que certaines dispositions générales du Traité, comme l'article 151 (ex-article 128 CE) ou le Protocole sur la radiodiffusion, accordaient un statut juridique particulier aux biens et services culturels. Il a aussi été observé que l'ensemble des exceptions générales des traités, les articles 30 (ex-article 36 CE) et 46 (ex-article 56 CE), qui auraient pu accorder un statut juridique particulier aux biens et services culturels, ne sont pas pertinentes. En vertu du principe de libre circulation, la conclusion qui s'impose est que ces dispositions, soit l'article 30 (ex-article 36 CE) et l'article 46 (ex-article 56), ne pourront être utilisées par les États membres pour justifier une mesure nationale relative à une politique culturelle étant donné le champ restrictif de ces dispositions qui ne prennent pas en considération cet objectif.

Cependant, malgré ces constatations, il faut ajouter que la théorie jurisprudentielle fondée sur les exigences impératives et les raisons impérieuses d'intérêt général a permis de prendre en considération certaines politiques culturelles lorsque ces dernières satisfaisaient aux conditions requises. Pour ce faire, et en l'absence d'harmonisation, une mesure nationale relative à la politique culturelle devra nécessairement être applicable indistinctement aux biens et services culturels nationaux et importés, en outre, elle devra respecter le principe de proportionnalité. À ce jour, c'est le seul moyen juridique qui permet aux États membres de pouvoir justifier une mesure relative à la protection de la culture ainsi que des biens et services culturels.

272a. *IVe rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social et au Comité des régions concernant l'application de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières »*, COM (2002) 778 final du 6 janvier 2003.

À côté des traités et des travaux de la Cour de justice, le droit dérivé a lui aussi imposé des obligations aux États membres, notamment dans le secteur de l'audiovisuel, depuis l'adoption de la directive *Télévision sans frontières*. Nous avons préféré considérer cette directive comme une forme de restriction à la prestation d'émissions télévisées même si l'objectif premier de cette directive est d'assurer avant tout leur libre circulation. En effet, nous pensons que, malgré le caractère prétendument peu contraignant de l'article 4, la vive réaction américaine à la suite de l'adoption de ce quota de diffusion ainsi que la confusion qui a régné durant le débat sur la force contraignante de cette disposition ne permettent pas d'affirmer que cet article est dépourvu de valeur juridique. Selon nous, le fait même qu'il figure dans une directive lui donne un caractère contraignant. À ce titre, rappelons que la Commission européenne a de nouveau poursuivi la France en 1998 pour manquement à ses obligations[273]. Ainsi, la directive *Télévision sans frontières* doit bien être vue comme un instrument assurant la libre circulation des émissions télévisées au sein de l'Union européenne, mais elle doit aussi être perçue comme une forme de restriction aux échanges en ce sens qu'elle a imposé aux États membres l'obligation de diffuser une majorité d'émissions télévisées européennes.

273. « La Commission décide de saisir la Cour de justice d'un recours contre la France pour manquement à la directive « Télévision sans frontières » », communiqué, 7 décembre 1998, IP/98/1067 : [En ligne], [http ://europa.eu.int/rapid/start/cgi/] (janvier 2000). Les griefs soulevés par la Commission européenne sont sensiblement ceux qui ont déjà été formulés depuis la procédure d'infraction engagée contre la France en 1992 relative à la transposition de la directive *Télévision sans frontières*. Les griefs sont notamment les suivants : « un régime d'autorisation préalable pour la distribution par câble de services de télévision relevant de la compétence d'autres États membres » et « [le] maintien de l'article 4 du décret français No 92-882 du 1er septembre 1992 qui donne une définition ambiguë des critères de compétence de la France sur les services distribués par câble ».