

Les médias vus par les juges de l'Union européenne¹

François Jongen

Professeur à l'Université Catholique de Louvain, Avocat au Barreau de Bruxelles

I. Introduction

Il faut sans doute une certaine dose de naïveté pour considérer aujourd'hui que la liberté d'expression constitue le seul fondement de l'activité de communication. Publier un journal, émettre des programmes de radio ou de télévision procèdent aujourd'hui autant de la liberté d'entreprise que de la liberté d'expression: à l'heure où, pour reprendre une formule désormais admise, on cherche moins à communiquer un message à un tiers qu'à vendre un public à des annonceurs, les médias ne sont plus - loin s'en faut - seulement affaire de liberté d'expression.

Certes, on ne peut dissocier de façon catégorique les deux dimensions. Si la liberté d'expression protège avant tout le contenu de la communication, elle peut aussi être invoquée pour garantir la protection des moyens utilisés pour communiquer². De même, si la liberté d'entreprise vise avant tout à permettre aux personnes de lancer un média sans trop se soucier de son contenu, elle pourra aussi avoir des incidences sur ce qui sera publié ou diffusé, ne fût-ce qu'en établissant des standards communs d'exigence justifiant des règles de libre circulation d'un média. Ceci étant posé, il n'est pas exagéré de dire que, dans l'ordre juridique des pays membres de l'Union européenne, mais aussi dans celui des Etats de l'Espace Economique Européen, la liberté de presse trouve aujourd'hui au niveau supranational un fondement dual: la Convention européenne des droits de l'homme,

et plus spécifiquement son article 10, pour ce qui procède de la liberté d'expression, et le droit communautaire européen pour ce qui procède de la liberté d'entreprise.

Dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes ne doit pas être envisagée comme une jurisprudence soucieuse du message, mais plutôt comme une jurisprudence soucieuse des médias eux-mêmes³, à tout le moins jusqu'au milieu des années 90 où l'on voit apparaître les premières décisions d'application de la directive télévision sans frontières.

Le présent article se limitera à une acception relativement traditionnelle du concept de médias, c'est-à-dire à la presse d'une part et à la télévision d'autre part: on aurait pu y inclure également la radio et l'Internet, mais ces médias n'ont pas encore donné lieu à ce jour à des arrêts des juridictions de Luxembourg. On n'évoquera donc ni les décisions en matière de droits d'auteur (quand bien même elles pourraient impliquer des médias, comme par exemple l'affaire Magill⁴), ni les décisions en matière de droit des télécommunications pur, ni, nonobstant son intérêt, la jurisprudence en matière de livre ou de cinéma.

Par ailleurs, l'article se concentrera sur l'examen de la jurisprudence récente, c'est-à-dire celle de la décennie écoulée. D'abord parce qu'elle est la plus abondante - une vingtaine de décisions pour cinq seulement de 1974 à 1988 -; ensuite parce que les décisions plus anciennes

Zusammenfassung:

Am 28. Oktober 1999 urteilte der Gerichtshof im Streit von ARD und Pro Sieben um die zulässige Anzahl von Werbeunterbrechungen und entschied sich für die Anwendung des sog. «Bruttoprinzips», wobei den Mitgliedstaaten offengelassen wurde, strengere Regelungen zu treffen. Die Richter schienen sich eher um ökonomische als um kulturelle Aspekte zu kümmern.

Im Bereich der Presse ist die Rechtsprechung widersprüchlich. 1998 wurde zu Gunsten eines grossen Verlegers entschieden, der sich weigerte, seine Hauszustellungsinfrastruktur einem kleinen Konkurrenten zur Verfügung zu stellen. Im Jahre 1997 jedoch schützte das Gericht ein österreichisches Verbot der Presse, Lotterien mit Gewinnaussichten anzubieten, was sich zu Gunsten der kleinen Anbieter ohne Möglichkeit, verlockende Preise anzubieten, auswirkte.

1 Cet article a été rédigé sur la base de la contribution présentée le 12 octobre 1999 sur le thème «La jurisprudence de l'Union européenne dans le domaine des médias» lors de la Journée du droit de la communication 1999 à Fribourg.

2 V. notamment en ce sens C.E.D.H., 22 mai 1990, Autronic A.G. contre Suisse.

3 Pour une exception, v. T.P.I., 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet, à propos de l'application concrète des règles sur l'accès public aux documents des institutions.

4 C.J.C.E., 6 avril 1995, RTE, Rec. p. I-743.

Résumé: *Le 28 octobre 1999, la Cour de justice a tranché le litige entre ARD et Pro Sieben concernant le temps à prendre en considération pour le calcul du nombre d'interruptions publicitaires autorisées. Elle a opté pour le «principe du brut», tout en laissant les Etats être plus sévères. De manière générale, les juges européens paraissent plus préoccupés par les enjeux économiques que par les objectifs culturels. En matière de presse, la jurisprudence est contradictoire. En 1998, elle prenait la défense d'un grand éditeur refusant de mettre son organisation de portage à domicile à disposition d'un petit concurrent. Mais en 1997, elle prenait la défense d'une norme autrichienne interdisant aux périodiques d'organiser des loteries dotées de prix, afin de protéger les petits périodiques incapables d'offrir des prix suffisamment alléchants.*

sont sans doute plus connues, ayant été souvent amplement disséquées par la doctrine la plus autorisée; enfin, et surtout, parce que ces décisions récentes reflètent l'état actuel du droit communautaire, fondamentalement transformé, en ce qui concerne la libre prestation des services de télévision, par la directive Télévision sans frontières de 1989 et 1997.

II. Textes applicables en matière de médias

A. Dispositions du traité CE

Quatre séries de disposition du Traité C.E. ⁵ sont en principe susceptibles de s'appliquer aux médias.

Il y a d'abord les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services, et plus particulièrement d'une part les articles 30 à 32 du Traité C.E. devenus articles 28, 29 et 30 C.E., et d'autre part les articles 59 et 60 du Traité C.E. devenus articles 49 et 50 C.E. De façon schématique, on peut observer que les règles de libre circulation des marchandises s'appliqueront plus spontanément à la presse écrite, de par le caractère matériel du support qui la véhicule. Les règles de libre prestation des services seront, par contre, plus naturellement applicables aux émissions de radio et de télévision, médias dont la matérialité n'est pas comparable (le même raisonnement pourrait également s'appliquer aux services véhiculés par l'Internet): il a, en ce qui concerne la télévision, été jugé depuis 1974 que «L'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un ca-

ractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de services, dans la mesure, évidemment, où les éléments pertinents considérés ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul Etat membre»⁶.

La seconde série de dispositions applicables aux médias est constituée des articles 85, 86 et 90 du Traité C.E., devenus articles 81, 82 et 86 C.E.: il s'agit ici des règles de concurrence, en ce compris celles touchant aux monopoles étatiques.

Il faut encore citer l'article 92 du Traité C.E., devenu 87 C.E., disposition applicable en matière d'aides d'Etat, évoqué actuellement dans le cadre des contestations par les chaînes privées du double financement des services publics de radio et de télévision par la redevance et par la publicité.

Enfin, on évoquera la disposition introduite depuis le Traité de Maastricht et intégrant, pour la première fois, la notion de culture dans le Traité des Communautés européennes: l'article 128 du Traité C.E., devenu article 151 C.E. A ce jour toutefois, cet article n'a pas encore reçu de consécration jurisprudentielle.

B. Directive télévisions sans frontières

Pour la télévision, les principes de libre prestation de services ont été approfondis par la voie d'une directive connue sous l'appellation de directive Télévision sans frontières: c'est la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement et du Conseil du 30 juin 1997. Son application a déjà donné lieu à une jurisprudence abondante, laquelle a d'ailleurs elle-même nourri certaines des modifications apportées au texte en 1997.

La directive ayant pour objet d'assurer la libre circulation des programmes de télévision dans l'Union européenne moyen-

⁵ Conformément à la méthode de citation des articles des Traités arrêtée par la Cour de Justice et le tribunal de première instance des Communautés européennes depuis le 1er mai 1999 (J.O.C.E., 28.8.1999, C246/1), on adoptera ici les nouvelles règles de citation: lorsqu'il est fait référence à un article d'un Traité tel qu'en vigueur après le 1er mai 1999, le numéro de l'article est immédiatement suivi des deux lettres indiquant le Traité dont il s'agit tandis que, lorsqu'il est fait référence à un article d'un Traité tel qu'en vigueur avant le 1^{er} mai 1999, le numéro de l'article est suivi de l'indication du nom du Traité ainsi, l'article 85 du Traité C.E. tel qu'il était en vigueur avant le 1er mai 1999 est devenu aujourd'hui l'article 81 C.E.

⁶ C.J.C.E., 30 avril 1974, Sacchi, Rec., p. 409.

nant l'adoption d'un socle commun minimum d'exigences de contenu, sa transposition dans les divers ordres juridiques internes a eu pour effet de susciter des décisions qui portent sur le contenu des programmes, et non plus seulement sur les modalités de fonctionnement des entreprises qui les diffusent.

III. La jurisprudence relative à la presse écrite

Ce n'est que depuis peu de temps que les juridictions européennes ont été amenées à se prononcer sur des dossiers de presse écrite. Il faut dire que la presse a, moins naturellement que l'audiovisuel, vocation à traverser les frontières pour s'adresser au public d'un Etat voisin: or, le caractère transfrontalier est essentiel pour que les dispositions du Traité C.E. trouvent à s'appliquer.

A. Libre circulation des marchandises

La notion de restrictions à l'importation a été récemment appliquée au secteur de la presse écrite dans l'affaire *Familiapress*⁷. L'affaire se passe en Autriche, mais on pourrait imaginer un cas de figure assez similaire en Suisse alémanique, ou en Suisse romande face à certaines publications françaises. Devant le tribunal de commerce de Vienne, la *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH*, société locale éditant notamment l'hebdomadaire «Die Ganze Woche», tente d'obtenir l'interdiction de distribution sur le territoire autrichien de l'hebdomadaire «Laura», produit de l'éditeur allemand Heinrich Bauer. Selon l'éditeur autrichien en effet, le périodique allemand, en dotant de prix de 500 à 5'000 DM des mots croisés et d'autres jeux qu'il propose à ses lecteurs, viole une disposition de la loi autrichienne sur la concurrence déloyale qui interdit d'offrir des loteries aux consommateurs de périodiques. La question est de savoir si l'article 30 du Traité permet ou non d'appliquer à l'éditeur allemand les interdictions de la loi autrichienne et, par voie de conséquence, d'interdire la distribution de «Laura» en Autriche. Soutenu par la Commission, le gouvernement autrichien va réussir à prouver que la mesure a pour objet de maintenir le pluralisme de

la presse, exigence impérative au sens de l'article 32 du Traité CE. Première étape du raisonnement: le recours aux travaux préparatoires. La loi litigieuse a bien eu pour objet de protéger le pluralisme, puisque c'est bien pour éviter que le consommateur n'accorde plus d'importance à la possibilité de gain qu'à la publication elle-même que l'interdiction de loteries a été édictée: il fallait éviter que les petits éditeurs ne disparaissent faute de pouvoir offrir des primes suffisamment importantes. Deuxième étape: le détour par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si le pluralisme de la presse est bien une exigence impérative, c'est justement parce qu'il contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, dont la Cour souligne qu'elle «figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire».

Troisième étape: un double test de proportionnalité. Au regard du Traité CE, d'abord, puisqu'il convient de vérifier si l'objectif poursuivi n'aurait pu être atteint par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires. Au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ensuite: c'est que l'interdiction des primes et loteries, si elle vise peut-être à protéger la liberté d'expression à travers le maintien du pluralisme, constitue elle-même une entrave à la liberté d'expression. Or, toute entrave doit, pour répondre aux conditions de l'alinéa 2 de l'article 10, constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique pour atteindre le but poursuivi.

Sur le principe, la Cour donne son feu vert, mais exige «que cette interdiction soit proportionnée au maintien du pluralisme de la presse et que cet objectif ne puisse pas être atteint par des mesures moins restrictives». Elle laisse toutefois au juge national le soin d'opérer le double test de proportionnalité, se limitant, dans sa réponse, à en tracer le cadre: «Pour que ces conditions soient satisfaites, il faut, notamment, que les journaux qui offrent, au travers de jeux, d'énigmes ou de concours, la possibilité de gagner un prix soient en concurrence avec les petites entreprises de presse, supposées être dans l'incapacité d'offrir des primes comparables et qu'une telle perspective de gain soit susceptible de provoquer un déplacement de la demande». La Cour laisse également à l'éditeur étranger concerné une porte de sortie. Il peut aussi, lui-même, ne pas permettre la participa-

7 C.J.C.E., 26 juin 1997, *Familiapress*, Rec., p. I-3689.

tion des lecteurs autrichiens aux jeux litigieux.

B. Concurrence

L'Autriche se trouve également au centre d'une autre affaire permettant de mesurer l'application du droit communautaire, et en l'espèce du droit de la concurrence, à la presse écrite⁸. Cette fois, ce sont deux éditeurs autrichiens qui s'affrontent devant le Kartellgericht. L'un, modeste, édite «Der Standard», quotidien de qualité de centre gauche jouissant d'un succès d'estime plus que d'une véritable popularité: 3,6% de part de marché du tirage global des quotidiens autrichiens. L'autre, plus puissant, édite la «Neue Kronen Zeitung» et le «Kurier», deux quotidiens populaires qui totalisent ensemble près de 50% de part de marché des tirages et plus de 70% du lectorat. Insatisfait de la distribution postale (les tournées ne se font qu'en fin de matinée) et incapable de financer son propre système de portage à domicile, le premier éditeur souhaiterait bénéficier, en contrepartie d'un prix raisonnable, du système de portage à domicile organisé par une filiale du second, mais celui-ci le refuse, considérant qu'il n'a pas à subventionner un de ses concurrents. Le puissant Mediaprint a bel et bien intégré dans son service de portage - le seul existant en Autriche - un autre quotidien, mais c'est, explique-t-il, dans le cadre d'un service plus large comprenant également l'impression et la distribution en kiosques. Y a-t-il là, demande le Kartellgericht, abus de position dominante?

L'éditeur du «Standard» invoque notamment la doctrine des «essential facilities» telle que consacrée dans l'arrêt Magill⁹, et selon laquelle celui qui exploite un service unique et essentiel ne peut en réserver le bénéfice à ses seuls produits. Pour Mediaprint au contraire, l'autonomie de la volonté - et donc la possibilité de refuser de contracter - doit primer aussi longtemps que le refus de livraison de l'entreprise jouissant de la position dominante n'est pas de nature à éliminer toute concurrence sur un marché en aval: tel serait le cas en l'espèce, expose le puissant éditeur, dès lors qu'il existe, à côté du porta-

ge à domicile, d'autres systèmes de distribution permettant à son concurrent de vendre ses quotidiens en Autriche.

La Cour laisse au juge national le soin de déterminer si le marché en cause est bien le portage à domicile et si Mediaprint détient ou non une position dominante. Mais le débat perdra sans doute de son intérêt dès lors que la Cour conclut, in casu, au caractère non abusif de l'attitude de Mediaprint. Constatant d'une part que «d'autres modes de distribution de quotidiens, tels que la distribution par la voie postale et la vente dans les magasins et kiosques, même s'ils devaient être moins avantageux pour la distribution de certains d'entre eux, existent et sont utilisés par les éditeurs de ces quotidiens» et d'autre part qu'«il n'apparaît pas qu'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui soient de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour tout autre éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile à l'échelle nationale et de l'utiliser pour la distribution de ses propres quotidiens», la Cour conclut: «Le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser, contre une rémunération appropriée, l'accès audit système à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile ne constitue pas un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité CE».

IV. La jurisprudence relative aux entreprises de radiodiffusion

A. Libre prestation de services

a) Localisation et délocalisation

De longue date, et non seulement dans le secteur de la télévision, d'aucuns ont perçu l'intérêt qu'il pouvait y avoir à établir

8 C.J.C.E., 26 novembre 1998, Bronner, Rec. p. I-7791.

9 C.J.C.E., 6 avril 1995, RTE, Rec. p. I-743.

le siège d'une activité de services dans un Etat autre que celui où résident les destinataires des services: ce phénomène est facilité dans l'Union européenne, dès lors que ceux qui se délocalisent dans un Etat membre à la législation plus souple gagnent, par là-même, la possibilité d'invoquer le caractère transfrontalier de la prestation de services qu'ils opéreront vers leur Etat d'origine.

Le problème de la délocalisation des chaînes de télévision, ou à tout le moins du «regulation shopping», s'analysera en deux époques distinctes: les situations antérieures à l'entrée en vigueur de la directive télévision sans frontières, et les situations postérieures. Le principe de libre circulation garanti par la directive rend en effet encore plus aigu le risque de délocalisation, à telle enseigne qu'une des modifications principales intervenues en 1997 a été d'insérer dans la directive des critères de rattachement plus précis, critères dont les contours avaient d'ailleurs été tracés quelques mois plus tôt par la Cour elle-même.

Le danger de délocalisation a été, de longue date, perçu par la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans un arrêt de principe de 1974¹⁰ qualifié de jurisprudence anti-contournement, a posé pour principe que «l'Etat destinataire peut prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet Etat».

Au début des années 90, la Belgique puis les Pays-Bas avaient vu leurs législations mises en cause pour entrave à la libre prestation de service d'organismes de radiodiffusion en provenance d'autres Etats membres: l'application de la jurisprudence anti-contournement invoquée par les deux Etats fut rejetée dans le premier cas¹¹, et acceptée dans le second¹² 13.

Avec la transposition de la directive - soit vers la fin de l'année 1991 -, la question de la localisation des chaînes de télévision se posera avec moins d'acuité ou, en

tout cas, de façon différente. L'article 2, devenu depuis 2 bis, prescrit en effet qu'un Etat ne peut entraver la retransmission sur son territoire d'émissions de télévision en provenance d'un autre Etat membre pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la directive. Il restera alors à déterminer les critères de rattachement d'une télévision à un Etat.

Dans un arrêt de 1996¹⁴, la Cour va suivre l'interprétation suggérée par la Commission. Rejetant la thèse du gouvernement britannique, qui considérait comme déterminant le lieu à partir duquel l'émission est transmise, la Cour opte pour le critère du lieu d'établissement, celui-ci étant entendu comme «le lieu dans lequel l'organisme de radiodiffusion a le centre de ses activités, notamment le lieu où sont prises les décisions concernant la politique de programmation et l'assemblage final des programmes à diffuser».

Cette interprétation a été confirmée par deux arrêts de 1997, mettant l'un et l'autre en cause des télévisions diffusant leurs programmes sous licence britannique à destination du public belge. L'un, l'arrêt Denuit¹⁵, concerne la distribution en Belgique des programmes de TNT/ Cartoon, émis au départ du Royaume-Uni mais d'origine américaine et ne respectant pas les quotas de production européenne. L'autre arrêt, prononcé le 5 juin 1997¹⁶, aborde le cas de VT 4, chaîne en néerlandais à destination du public belge flamand, mais diffusant sous licence britannique contournant le monopole publicitaire de droit dont jouit sa concurrente la plus directe. Confirmant les critères de territorialité déjà exposés dans son arrêt Commission c. Royaume-Uni du 10 septembre 1996, la Cour précise notamment que «Lorsqu'un organisme de radiodiffusion est établi dans plus d'un Etat membre, la compétence dont il relève appartient à l'Etat membre sur le

10 C.J.C.E., 3 décembre 1974, Van Binsbergen, Rec., p. 1299.

11 C.J.C.E., 16 décembre 1992, Commission c. Belgique, Rec., p. I-6757.

12 C.J.C.E., 3 février 1993, Veronica, Rec., p. I-487.

13 C.J.C.E., 5 octobre 1994., TV 10, Rec., p. I-4795.

14 C.J.C.E., Commission c. Royaume-Uni, 10 sept. 1996, Rec., I-4025, *medialex* 1997, p. 72 s.

15 C.J.C.E., 29 mai 1997, Denuit, Rec., p. I-2785.

16 C.J.C.E., 5 juin 1997, VT 4 Ltd, Rec., p. I-3143.

territoire duquel l'organisme de radio-diffusion a le centre de ses activités, notamment là où sont prises les décisions concernant la politique de programmation et l'assemblage final des programmes à diffuser».

Ce sont les mêmes termes, assortis d'une cascade d'hypothèses successives, que l'on retrouve désormais dans le nouveau texte de la directive telle que modifiée par la directive du 30 juin 1997. Le débat sur la délocalisation des chaînes de télévision semble dès lors dépassé: une télévision peut se délocaliser, pourvu qu'elle le fasse tout à fait et que son établissement dans le pays tiers ne soit pas factice. Dans ce contexte, l'idée qui présidait à la conception de la directive, à savoir que les exigences de ce texte constitueraient un socle minimum auquel chaque Etat membre garderait la faculté d'ajouter d'autres obligations plus contraignantes, est sérieusement battue en brèche. Le minimum est presque devenu un maximum, et les Etats qui prennent le risque de monter au-delà du contenu de la directive courent le risque de voir certains de leurs diffuseurs s'établir ailleurs. Le Royaume-Uni et le Grand-Duché de Luxembourg figurent à ce titre au hit parade des pays les plus accueillants au plan audiovisuel.

b) Evolution de l'interprétation de la notion de libre prestation de services

Une première lecture qui fut faite du principe de libre prestation de services consistait à proscrire seulement les mesures discriminatoires. Ce fut l'interprétation adoptée par la Cour dans l'arrêt Sacchi de 1974, rendu dans le cadre des litiges relatifs à l'émergence de télévisions privées locales en Italie, ainsi que dans l'arrêt Debauve¹⁷ à propos d'une réglementation belge interdisant toute diffusion de publicité sur les réseaux câblés.

Dans un second temps, la Cour ne va plus condamner seulement les mesures discriminatoires, mais aussi celles qui, tout en s'appliquant indifféremment aux prestataires nationaux et non-nationaux, ont pour effet de restreindre la libre prestation de services. Ce sera notamment le cas dans trois arrêts mettant en cause la législation des Pays-Bas: l'un, relatif à une réglementation interdisant la diffusion sur les réseaux câblés de publicité spécialement destinée au public néerlandais¹⁸, et les deux autres, relatifs à une réglementation modifiée permettant ces messages mais en subordonnant la diffusion à diverses conditions¹⁹.

c) Selon la directive

S'agissant de la télévision, toute cette jurisprudence antérieure à la directive est néanmoins dépassée aujourd'hui. Les objectifs de nature culturelle ne peuvent plus justifier des restrictions à la transmission de programmes de radiodiffusion sur le territoire d'un Etat membre dès lors que la directive fixe elle-même des objectifs - théoriquement? - culturels, et instaure simultanément le principe d'un contrôle unique par l'Etat d'origine.

Ainsi, dans l'arrêt Commission contre Belgique du 10 septembre 1996, la Belgique s'est vu condamnée pour défaut de transposition de la directive dans ses divers ordres juridiques internes. Selon la Cour, ses régimes d'autorisation préalable des chaînes étrangères désireuses d'être retransmises sur les réseaux câblés «violent le principe de libre retransmission consacré par l'article 2 de la directive du 3 octobre 1989.»²⁰

La directive prévoit assurément que les organismes de radiodiffusion sont tenus de respecter certaines règles minimales de contenu, mais que se passe-t-il si ces règles ne sont pas respectées? A la Belgique qui croyait pouvoir interdire la distribution sur son territoire des programmes TNT/ Cartoon au motif qu'ils ne respectaient pas les fameux quotas de production européenne, la Cour répond dans son arrêt Denuit précité du 29 mai 1997 que «L'article 2, § 2, de la directive 89/552 doit être interprété en ce sens qu'un Etat membre ne peut s'opposer à la retransmission sur son territoire des émis-

17 C.J.C.E., 18 mars 1980, Debauve, Rec., p. 833.

18 C.J.C.E., 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, Rec., p. 2137.

19 C.J.C.E., 25 juillet 1991, Commission c. Royaume des Pays-Bas, Rec., 1991, p. I-4069 et Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rec., 1991, p. I-4007.

20 C.J.C.E., 10 sept. 1996, Commission c. Belgique, Rec., p. I-4115; *medialex* 1996, p. 226 et 1997, p. 72.

sions d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un autre État membre, lorsque ces émissions ne sont pas conformes aux exigences des articles 4 et 5 de cette même directive.»²¹

En juillet 1997, la Cour de Justice rendait un autre arrêt²² d'interprétation de la directive télévisions sans frontières, sur question préjudicielle posée par une juridiction suédoise dans le cadre de litiges mus par l'ombudsman des consommateurs et visant à faire interdire aux annonceurs concernés des messages publicitaires télévisés pour violation de dispositions prohibant les publicités déloyales ou contraires à la morale des affaires, et d'un article de la loi sur la radiodiffusion interdisant les séquences publicitaires visant à capter l'attention des enfants de moins de douze ans. Les annonceurs concernés étaient suédois, mais les diffusions se faisaient sur la chaîne TV3, émettant depuis le Royaume-Uni à destination du public scandinave et dans les langues de chaque pays concerné.

Statuant sur la conformité de la loi suédoise, la Cour s'écarte des conclusions de l'avocat général, qui proposait de conclure à l'interdiction, découlant de l'article 2.2 de la directive, de toutes mesures à l'égard de publicités télévisées diffusées à partir d'un autre Etat membre, reformulant la question préjudicielle et visant, dans sa réponse, les annonceurs et non les publicités elles-mêmes: «La directive (...) ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat membre prenne, en application d'une réglementation générale relative à la protection des consommateurs contre la publicité trompeuse, des mesures à l'égard d'un annonceur en raison d'une publicité télévisée diffusée à partir d'un autre Etat membre, pourvu que ces mesures n'empêchent pas la retransmission proprement dite sur son territoire des émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance de cet autre Etat membre».

On peut percevoir derrière cette réponse une distinction entre l'émission des messages et leur retransmission: si l'Etat de réception ne peut faire obstacle à la retransmission sur son territoire des émissions (et notamment des publicités), il peut par contre empêcher les annonceurs

d'émettre les publicités, pour autant, suppose-t-on, que ces annonceurs relèvent de sa compétence.

B. Concurrence

a) Concentrations et abus de position dominante

Dès 1985, dans l'affaire Télé-Marketing, la Cour de Justice avait eu l'occasion de souligner que «L'article 86 du Traité, relatif à l'abus de position dominante, est applicable à une entreprise de radio-télévision, alors même que la position dominante ne tient pas à l'activité de l'entreprise elle-même mais au fait que des dispositions législatives ou réglementaires empêchent ou restreignent très nettement la concurrence sur le marché.»²³

Est-ce l'effet de la concurrence qui s'est instaurée dans la foulée du mouvement de libéralisation de l'audiovisuel, ou simplement de ce qu'une opération de concentration précède souvent la constitution d'une position dominante? Toujours est-il que les développements ultérieurs de la jurisprudence en matière d'abus de position dominante ne visent plus des chaînes en tant que telles, mais des groupements, et notamment l'Union européenne de radiodiffusion (UER)

Un premier arrêt du Tribunal de première instance²⁴ rendu sur recours de La Cinq avait déjà posé quelques principes intéressants à propos de l'attitude de l'UER ayant refusé à plusieurs reprises d'accepter en son sein la défunte chaîne privée française.

Mais l'UER s'est trouvée plus directement mise en cause dans un autre arrêt du Tribunal²⁵, contre lequel un pourvoi est d'ailleurs toujours pendant devant la Cour. Il s'agissait cette fois d'un recours, formé notamment par M 6, contre une décision de la Commission du 11 juin 1993 décidant d'exempter l'UER de l'ap-

21 C.J.C.E., 29 mai 1997, Denuit, Rec., p. I-2785.

22 C.J.C.E., 9 juillet 1997, Konsumentombudsmannen (KO), Rec., p. I-3843; *medialex* 1998, p. 111.

23 C.J.C.E., 3 octobre 1985, CBEM Tele-Marketing, Rec. 1985, p. 3261.

24 T.P.I., 24 janvier 1992, La Cinq SA, Rec., p. II-1.

25 T.P.I., 11 juillet 1996, Metropole Television, Rec., p. II-649; *medialex* 1996, 164 s.

plication des dispositions de l'article 85 du traité CE (qui réglemente les opérations de concentration) au motif que la réglementation sur l'accès contractuel des non-membres de l'UER aux droits sportifs procure un certain nombre d'avantages qui tiennent à la fois à l'acquisition en commun et au partage des droits, à l'échange du signal et à son transport sur le réseau commun et à l'accès contractuel accordé aux non-membres.

Dans son arrêt, le Tribunal annule la décision d'exemption de la Commission pour deux motifs principaux. Il considère d'abord que, en n'examinant pas si les règles d'adhésion, à l'UER avaient un caractère suffisamment objectif et suffisamment déterminé susceptible d'une application uniforme et non discriminatoire, afin de pouvoir apprécier ensuite si elles étaient indispensables au sens de l'article 85, § 3, sous a, du Traité, la Commission a fondé sa décision sur une interprétation erronée de cette disposition. Il expose ensuite que l'interprétation faite par la Commission de l'article 85 § 3 pêche également en ce qu'elle a admis comme critère d'octroi d'une exemption le seul accomplissement d'une mission particulière d'intérêt public définie par référence à la mission de gestion de service économique d'intérêt général visée par l'article 90, § 2, du Traité CE. On attend évidemment avec intérêt l'avis de la Cour sur ces questions. L'UER n'est cependant pas la seule à se voir mise en cause au titre des concentrations: des sociétés privées peuvent évidemment être concernées²⁶.

b) Monopole

Tout comme la Cour européenne des droits de l'homme, mais sur base de critères différents, la Cour de Justice des Communautés européennes a été amenée à s'interroger sur la légalité des régimes de monopole public de l'audiovisuel qui

prévalaient jusqu'aux années 70 et 80 dans la plupart des Etats européens.

Dans son arrêt Sacchi²⁷, la Cour avait déjà considéré que «rien dans le traité ne s'oppose à ce que les Etats membres, pour des considérations d'intérêt publique, de nature non économique, soustraient les émissions de radiotélévision, (...) au jeu de la concurrence, en conférant le droit exclusif d'y procéder à un ou plusieurs établissements.» Les monopoles d'organismes de radio-télévision public semblaient ainsi trouver sans trop de difficultés un fondement dans l'article 90.

Dans trois arrêts de 1991, la Cour va confirmer cette possibilité mais en arrêter les limites. Le premier fut l'arrêt rendu sur une question préjudicielle dans un litige opposant l'ERT (télévision publique grecque) à la société municipale d'information et au maire de Thessalonique²⁸. L'arrêt rappelle certes que le droit communautaire «ne s'oppose pas à l'attribution d'un monopole de la télévision pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique», mais pour préciser aussitôt que «les modalités d'organisation d'un tel monopole ne doivent pas porter atteinte aux dispositions du traité en matière de libre circulation des marchandises et des services ainsi qu'aux règles de concurrence».

Un mois plus tard, dans les deux arrêts jumeaux ayant trait au système audiovisuel néerlandais²⁹, la Cour apporte d'autres précisions. Observant que «l'article 90 du traité présuppose certes l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux ou exclusifs mais qu'il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux ou exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité» et que «cette compatibilité doit être appréciée au regard des différentes règles auxquelles l'article 90, § 1er, renvoie», l'arrêt conclut: «savoir si un Etat membre peut soustraire certaines prestations de services à la libre concurrence revient à déterminer si les restrictions à la libre prestation de services, qui seraient ainsi créées, peuvent être justifiées par les raisons d'intérêt général qui ont été relevées ci-dessus». La boucle est ainsi bouclée: le critère de proportionnalité devrait, tout

26 Pour un cas d'application, v. T.P.I., 28 avril 1999, Endemol Entertainment Holding BV.

27 C.J.C.E., 30 avril 1974, Sacchi, Rec., p. 410.

28 C.J.C.E., 18 juin 1991, ERT, Rec., 1991, p. I-2925.

29 C.J.C.E., 25 juillet 1991, Commission c. Royaume des Pays-Bas, Rec., 1991, p. I-4069 et Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rec., 1991, p. I-4007.

comme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme consacrée dans l'arrêt Informationsverein Lentia, conduire à exclure aujourd'hui de tels monopoles de droit.

A côté des monopoles publics, le Tribunal a récemment été amené à examiner le monopole privé dont disposait jusqu'il y a peu la chaîne privée flamande VTM sur le marché de la publicité commerciale. La mesure de monopole avait été justifiée en son temps par la volonté de protéger le pluralisme de la presse: on invoquait que les quotidiens, actionnaires de la chaîne privée, récupéreraient par leur participation au capital ce qu'ils perdraient en recettes directes. Le Tribunal relève d'abord que le fait que cette raison ait pu être acceptée douze ans plus tôt n'empêche pas que sa pertinence soit soumise à un nouvel examen. Il constate, ensuite, que ce monopole a pour effet de rendre impossible l'établissement en Belgique d'une société concurrente d'un autre Etat membre désireuse d'émettre depuis la Belgique de la publicité télévisée destinée à l'ensemble de la Communauté flamande, ce qui suffit à caractériser l'entrave au libre établissement. Analysant chacun des motifs invoqués pour justifier le monopole, il arrive au constat que les mesures incriminées ne contribuent pas nécessairement à la réalisation des objectifs poursuivis. Le Tribunal rejette enfin l'argument selon lequel le monopole de la publicité pour la chaîne commerciale se justifierait par le monopole de la redevance réservée à la chaîne publique, rappelant que celle-ci «est placée dans une situation particulière en ce qu'elle est chargée de la gestion d'un service économique d'intérêt général au sens de l'article 90, § 2 du traité CE «et que «le fait pour une chaîne publique de bénéficier de subventions publiques ne pourrait avoir pour corollaire nécessaire qu'une chaîne privée doive se voir octroyer l'exclusivité de diffuser de la publicité sur l'ensemble du territoire concerné».³⁰

C. Aides d'Etats

Il n'y a pas encore de jurisprudence au fond des juridictions européennes en matière d'aides d'Etat aux entreprises de

radiodiffusion. Deux décisions émanant du Tribunal de première instance doivent cependant être évoquées ici: non pour leur contenu intrinsèque - il s'agit de procédure de recours en carence contre la Commission - mais pour les questions sur lesquelles elles amèneront la Commission à se pencher dans les semaines à venir.

Depuis plusieurs années, diverses chaînes privées - au Portugal, en Espagne, en Italie ou en France - ont déposé auprès de la Commission européenne des plaintes contre le système de financement des télévisions publiques: pour ces radiodiffuseurs privés en effet, le fait d'attribuer aux télévisions publiques des fonds publics (soit sous forme d'affectation de la redevance, soit sous forme de dotation pure et simple, soit sous forme d'augmentation de capital) constituerait une aide d'Etat telle que prohibée par l'article 92 du traité CE, dès lors que ces chaînes publiques vivent également de la publicité télévisée et sont, à ce titre, directement concurrentes des chaînes privées.

Dans un cas - celui du Portugal -, la Commission s'était prononcée et avait conclu au caractère non-fondé de la plainte. Dans d'autres, elle s'était abstenue jusqu'il y a peu de faire autre chose que de demander des renseignements aux Etats concernés. Ayant déposé deux plaintes, l'une en 1992 et l'autre en 1993, Gestevisión Telecinco, un des exploitants de télévision privée espagnole, conçut de ces lenteurs administratives une certaine impatience, et porta l'affaire devant le Tribunal en 1996. Dans un premier arrêt, le Tribunal lui donne raison³¹. Sans préjuger du fond, cette décision a sans nul doute eu pour effet de faire avancer le dossier puisqu'on apprenait, en novembre 1998, que de nouvelles demandes de renseignements avaient été adressées par la Commission à la France, à l'Italie et à l'Espagne. Un second arrêt en sens similaire a d'ailleurs été prononcé récemment à la suite d'un recours en carence formé, cette fois, par TF 1³².

30 T.P.I., 8 juillet 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij.

31 T.P.I., 15 septembre 1998, Gestevisión Telecinco, Rec., p. II-3407.

32 T.P.I., 3 juin 1999, TF1 S.A.

V. La jurisprudence relative au contenu des médias

C'est dans le domaine de la publicité télévisée - enjeu économique majeur - que la jurisprudence européenne a, le plus naturellement, trouvé à se développer. Dans un premier arrêt, la Cour, avait constaté la conformité aux articles 85 et 86 du Traité CE, mais aussi à la directive, des dispositions françaises interdisant la publicité pour la distribution³³, rappelant notamment la faculté laissée à chaque Etat membre par l'article 3 de la directive d'appliquer des règles plus strictes aux organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence.

Dans un deuxième arrêt, la Cour eut l'occasion d'apporter diverses précisions quant à l'interprétation des articles 17, paragraphe 1, (parrainage) et 18 (plafonds de diffusion de publicité) de la directive³⁴.

Dans l'arrêt *Konsumentombudsmannen* déjà cité³⁵, la Cour admit également la compatibilité avec les articles 30 et 59 du traité CE des dispositions suédoises en matière de publicité adressée aux mineurs.

Enfin, tout récemment³⁶, la Cour a été appelée à se prononcer, dans le cadre d'un litige entre chaînes allemandes (ARD contre Pro Sieben) sur la base de calcul du temps à prendre en considération pour établir le nombre d'interruptions publicitaires autorisées. L'article 11 de la directive doit, selon la Cour, être compris comme visant du temps brut (la durée de la publicité diffusée doit être ajoutée à la durée du programme lui-même), ce qui était la thèse de la chaîne privée; mais cela n'empêche pas, précise aussitôt la haute juridiction, un Etat comme l'Allemagne de prévoir des règles plus strictes, et notamment de prendre le temps net (durée du seul programme, à l'exclusion des publicités) comme base de calcul.

VI. Conclusions

Après un quart de siècle de jurisprudence des juridictions européennes en matière de média, il semble possible de dégager quelques tendances.

On se gardera, à ce stade, de tirer des conclusions de la maigre jurisprudence existant actuellement en matière de presse écrite. Les deux arrêts de 1997 et 1998 dans les affaires autrichiennes marquent peut-être tout au plus le début d'un mouvement qui verra les juridictions de l'Union Européenne jouer un rôle plus important dans la régulation de ce secteur, même si les flux financiers y sont moins importants. Dans le domaine de l'audiovisuel, il est manifeste que la jurisprudence a, pour l'essentiel, porté sur les enjeux économiques. Avant même l'entrée en vigueur de la directive *Télévision sans frontières*, c'est la Cour de justice qui a permis une certaine délocalisation des chaînes de télévision ainsi que la mise en question des monopoles publics. Avec l'arrivée de la directive, les choses ont changé. La délocalisation des télévisions semble aujourd'hui organisée par cette norme commune, et les objectifs culturels qui pouvaient précédemment justifier certaines mesures de restriction à la libre prestation de services paraissent aujourd'hui alignés par le bas. A l'avenir, l'essentiel de la jurisprudence portera sans doute sur l'interprétation de la directive *Télévision sans frontières*. Quelques décisions récentes en matière de publicité prouvent que les Etats gardent une certaine marge de manœuvre, mais aussi que les juridictions elles-mêmes peuvent faire preuve d'une certaine inventivité dans ce domaine. Enfin, même s'il n'existe actuellement pas de jurisprudence relative à Internet, c'est dans ce secteur qu'il faut sans doute s'attendre à retrouver les juridictions européennes au cours des années à venir. Le terrain n'étant pas encore occupé par les législateurs nationaux, les autorités européennes pourront adopter des normes dont l'interprétation se fera par les juridictions de Luxembourg. Un premier pas devrait être incessamment franchi avec le projet de directive sur le commerce électronique. ■

33 C.J.C.E., 9 février 1995, *Leclerc SIPLEC*, Rec., p. I-179.

34 C.J.C.E., 12 décembre 1996, *RTI*, Rec., I-6471.

35 Voir note 22 ci-dessus.

36 C.J.C.E., 28 octobre 1999, *ARD*.