

La société Vidéofun, société française, crée un jeu vidéo de guerre de religions. La finalité du jeu est d'emprisonner, de torturer et de tuer le maximum de personnes d'une autre religion. Ce jeu cruel est interdit par les autorités allemandes pour des raisons d'ordre public. La société Vidéofun pense que le jeu devrait être autorisé sur le fondement du droit communautaire. Qu'en pensez-vous

S'agit-il d'une question relative à la liberté de circulation des marchandises ou relative à la liberté de liberté de services ?

Lorsqu'une mesure nationale affecte tant la libre prestation des services que la libre circulation des marchandises, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que, dans les circonstances de l'espèce, l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée (voir, en ce sens, arrêts Schindler, précité, point 22; Canal Satellite Digital, 22 janv. 2002, C 390/99-précité, point 31, et du CJCE, 25 mars 2004, Karner, C-71/02, non encore publié au Recueil, point 46).

Conformément à l'article 57 al. 1 TFUE: « 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 ».

La Cour de Justice considère qu'il n'y a aucune priorité d'étude entre ces libertés (CJCE, 3 oct. 2006, C-452/04, Fidium Finanz).

L'on peut donc s'interroger dans un premier sur l'application des dispositions relatives aux marchandises, tout en précisant qu'aucune législation spécifique ne nous semble applicable.

La liberté de circulation des marchandises implique que l'on soit en présence d'une marchandise. La CJCE a considéré que « les œuvres d'art sont des marchandises dans la mesure où il s'agit de « produits appréciables en argent ou susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales » (CJCE, 10 déc. 1968, aff 7/68, Commission c/ Italie : Rec. CJCE, p. 617).

Le jeu vidéo résulte de la mise en œuvre d'un programme d'ordinateur.

Le jeu vidéo, programme d'ordinateur est une œuvre protégeable par le droit d'auteur. Il est appréciable en argent et fait l'objet de transactions commerciales. Le jeu vidéo peut donc être a priori être considéré comme une marchandise.

Ce jeu vidéo est une création immatérielle qui peut être intégrée dans un support matériel mais qui peut aussi être accessible en ligne.

Il n'y aurait pas de distinction à effectuer selon que la chose est matérielle ou immatérielle. Mais il a été jugé que l'émission de messages télévisés liés à une activité commerciale relève

du principe de la libre circulation des services, tandis que les supports utilisés pour la diffusion de ces messages sont soumis au principe de libre circulation des marchandises (CJCE, 30 avr. 1974, aff 155/73, Sacchi : Rec. CJCE, p. 409 ; CJCE, 11 juill. 1985, aff jointes 60 et 61/84, Cinéthèque c/ Fédération nationale des cinémas français : Rec. CJCE, p. 2605).

Dans ce dernier cas, la CJCE avait retenu la qualification de marchandises dans la mesure où la communication au public du film impliquait la fabrication de cassettes. Le même raisonnement pourrait-il être retenu ici dès lors que le jeu vidéo est diffusé par voies de disques compacts ou autres supports matériels? Le jeu vidéo serait alors bien une chose matérielle ou immatérielle qui peut licitement faire l'objet de transactions commerciales dans le marché intérieur, donc une marchandise.

1           Toutefois, le contrat qui permet l'exploitation des jeux vidéo est un contrat de licence de droits de propriété intellectuelle et non un contrat de vente, ou de cession de droits ce qui pourrait conduire à privilégier la notion de prestation de services surtout dans l'hypothèse où l'exploitation du film se fait en ligne par l'intermédiaire d'internet, sans aucun support matériel. Dans un arrêt du 23 avril 2009, la CJCE a considéré que "L'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'un contrat, par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération, n'est pas un contrat de fourniture de services au sens de cette disposition." Mais il s'agit là d'une appréciation particulière, la Cour ne manquant pas de rappeler que « aucun élément tiré de l'économie ou du système du règlement n° 44/2001 n'exige d'interpréter la notion de «fourniture de services» figurant à l'article 5, point 1, sous b), second tiret, dudit règlement, à l'aune des solutions dégagées par la Cour en matière de libre prestation de services au sens de l'article 50 CE... Si ce domaine donne lieu, le cas échéant, à des interprétations larges de la notion de services, cette approche est motivée par le souci que le plus grand nombre d'activités économiques ne relevant pas de la libre circulation des marchandises, des capitaux ou des personnes n'échappe pas pour autant à l'application du traité CE. »

Dans un autre domaine, la Cour a admis que « Les articles 4, paragraphe 2, et 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 doivent être interprétés en ce sens que, en cas de revente d'une licence d'utilisation emportant la revente d'une copie d'un programme d'ordinateur téléchargée à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur, licence qui avait été initialement octroyée au premier acquéreur par ledit titulaire du droit sans limitation de durée et moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre à ce dernier d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de ladite copie de son œuvre, le second acquéreur de ladite licence ainsi que tout acquéreur ultérieur de cette dernière pourront se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution prévu à l'article 4, paragraphe 2, de cette directive et, partant, pourront être considérés comme des acquéreurs légitimes d'une copie d'un programme d'ordinateur, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive, et bénéficiers du droit de reproduction prévu à cette dernière disposition. » Dans le même sens, le vingt-neuvième considérant de la directive 2001/29 2001/29/CE du

Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10) ne lève pas toute ambiguïté lorsqu'il dispose que « La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi.»

Ce considérant paraît bien opposer la vente de marchandises, pour laquelle la règle de l'épuisement jouerait, à la prestation de services, pour laquelle cette règle serait inapplicable. Toutefois, la notion de services en ligne, telle qu'elle est définie par le droit de l'Union, englobe la vente de biens en ligne.

C'est pourquoi, dans le doute sur la qualification, il convient d'envisager à la fois la liberté de circulation des marchandises et la liberté de prestation de services.

## **1. Libre circulation des marchandises**

Les jeux vidéo font-ils l'objet d'une réglementation spécifique ? En cas de réponse positive, il conviendrait d'appliquer le règlement ou la directive. En l'espèce, à notre connaissance, cette réglementation n'existe pas.

La libre circulation des marchandises renvoie à deux questions, celle des taxes d'effet équivalent à des droits de douanes et impositions intérieures, d'une part, et celle des Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, d'autre part.

La Cour a précisé qu'il convient de vérifier en premier lieu si une mesure relève du champ d'application des articles 30 ou 110 TFUE du traité et que c'est seulement dans le cas où la réponse serait négative qu'il conviendrait d'examiner, en second lieu, si cette mesure tombe dans le champ d'application de l'article 34 du traité TFUE (voir arrêts précités dans corrigés précédents : Compagnie commerciale de l'Ouest e.a et Lornoy e.a).

Il ne s'agit en l'espèce nullement de charges pécuniaires, de taxes ou d'impositions. Les articles 30 ou 110 TFUE ne sont donc pas applicables.

Peut-on admettre une MEERQ ? Conformément à l'article 34 TFUE, les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes les mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres. L'article 35 vise les restrictions quantitatives à l'exportation.

S'agit-il d'une importation ou d'une exportation ? En l'espèce, il s'agit de restrictions quant à

l'importation de jeu vidéo en Allemagne. L'article 34 TFUE est donc applicable.

Selon une jurisprudence constante, toute mesure susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives et, à ce titre, interdite par l'article 34 TFUE (voir arrêts du 11 juillet 1974, Dassonville, 8/74, Rec. p. 837).

Les activités d'organes publics, d'institutions normatives, administratives ou judiciaires sont prises en considération de même que celles de toutes les administrations, centrales, régionales ou locales. Il s'agit en l'espèce d'une règle posée par l'Etat allemand. Il y a donc bien une réglementation au sens de la jurisprudence (CJCE, 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, non encore publié au Recueil, point 66).

Cette mesure concerne-t-elle le marché intra-UE ? Oui, dans la mesure où la règle allemande empêche la commercialisation de jeu vidéo créés en France vers l'Allemagne.

S'agit-il d'une règle relative à des modalités de vente ou d'une règle relative aux conditions du produit ? La distinction doit être faite car selon la jurisprudence : « n'est pas apte à entraver le commerce entre les États membres, au sens de la jurisprudence Dassonville, précitée, l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de ventes, 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 des autres États membres » (24 novembre 1993, Keck et Mithouard, (CJCE, 24 nov. 1993, aff C-267/91 et C-268/91, Keck et Mithouard : Rec. CJCE, 1, p. 6097).

En l'espèce, la règle interdit la vente de ces jeux vidéo parce qu'ils portent atteinte à la dignité humaine. Il s'agit là d'une condition relative aux produits et non d'une modalité de vente. La nécessité de modifier le jeu importé (il faudrait supprimer les scènes du jeu qui sont contraires à la dignité humaine) exclut qu'il s'agisse de modalités de vente au sens de l'arrêt Keck et Mithouard.

Dès lors, ne saurait être considérée comme portant sur des modalités de vente au sens de l'arrêt Keck et Mithouard, précité, la réglementation d'un État membre qui interdit que des jeux vidéo commercialisés dans un autre État membre soient mis en vente dans le premier État membre.

Par conséquent, l'interdiction constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative interdite par l'article 34 TFUE.

Cette mesure pourrait-elle être justifiée ? Deux séries de justifications sont envisageables, celles fondées sur l'article 36 et les exigences impératives d'intérêt général développées par la jurisprudence.

Selon la Cour de Justice, dans le cas de mesures distinctement applicables, il convient de ne considérer que les justifications prévues à l'article 36. Dans le cas de mesures indistinctement applicables, il convient d'appliquer tant l'article 36 que les exigences impératives d'intérêt général (CJCE, 20 février 1979, Rewe Zentral, dit « Cassis de Dijon », C-120/78). Cette jurisprudence discutée est appliquée aujourd'hui avec retenue par la Cour.

En toute hypothèse, il s'agit en l'espèce d'une réglementation qui vise tous les jeux vidéo, qu'ils soient allemands ou étrangers. Elle est donc indistinctement applicable et l'on peut donc admettre toutes les justifications.

Selon l'article 36 TFUE : « 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. 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 ».

L'article 36 envisage notamment l'ordre public la moralité publique. L'ordre public a été invoqué par l'Etat allemand.

L'on sait que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (voir arrêt du 14 mars 2000, Église de scientologie, C-54/99, Rec. p. I-1335, point 17).

La définition de l'ordre public ou de la moralité publique revient aux Etats membres ( CJCE 9 décembre 1997, Commission / France (C-265/95, Rec.\_p.\_I-6959) (cf. points 30-35). Dans l'arrêt Regina c/ Henn et Darby (CJCE, 14 déc. 1979, aff 34/79, Regina c/Henn et Darby : Rec., p. 3795) : « il appartient en principe à chaque Etat membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire , selon sa propre échelle des valeurs , et dans la forme qu' il a choisie ».

Dans ce dernier arrêt, la Cour considère que : « l'article 36 doit être compris en ce sens qu'un Etat membre peut en principe légalement interdire l' importation, en provenance de tout autre Etat membre, d ' objets présentant un caractère indécent ou obscène au sens de sa législation interne et qu'une telle prohibition peut s'appliquer légitimement à l' ensemble de son territoire national, même s'il existe, en la matière, des différences entre les législations en vigueur dans les différentes parties constitutives de l'Etat membre intéressé. »

L'atteinte à la moralité publique peut donc ici être admise dans la mesure où les jeux vid «o peuvent inciter à la haine et combattent des principes essentiels de l'Etat tels que la liberté de croyance et de religion et le respect de la dignité humaine, principes fondamentaux

reconnu par la Cour de Justice et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des droits fondamentaux, sans parler de la Charte des droits fondamentaux.

Au titre des exigences impératives, la protection des consommateurs et la protection de principes fondamentaux ont été admises par la Cour. En l'espèce, il ne fait aucun doute que le droit à la dignité puisse être protégé, en dehors même de la protection des consommateurs.

Mais la CJCE contrôle la mise en œuvre des justifications. Conformément à l'article 36 : « Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ». Tel n'est pas le cas en l'espèce. La réglementation n'introduit aucune discrimination arbitraire et ne constitue pas une restriction déguisée du commerce entre Etats membres.

Par ailleurs, la Cour de Justice considère qu'une disposition nationale « (...) ne doit pas étendre ses effets au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir »(CJCE, 7 mars 1989, C 215/87, Schumacher : Rec. CJCE, p. 617).

Il ne doit donc exister aucun autre moyen permettant d'arriver aux mêmes résultats en entravant moins les échanges intracommunautaires (CJCE, 28 mars 1995, aff: C-324/93, Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ttd C Diamorphine : Rec. CJCE, 1, p. 563). En conséquence, toute mesure nationale manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif est contraire au droit communautaire, même si l'objectif est légitime (CJCE 23 septembre 2003, Commission/Danemark, C-192/01, Rec. p. I-9693).

En l'espèce, la mesure est légitime et nécessaire pour atteindre l'objectif de protection. Ne pourrait-on envisager une réglementation moins restrictive ? Une information du contenu et une interdiction de vente en fonction de l'âge ne pourrait-elle pas être moins restrictive ? Sans doute, mais le respect de la dignité humaine ne concerne pas que les enfants, il s'impose à chacun.

Ne pourrait-on alors réduire l'interdiction aux seules phases du jeu qui sont effectivement contraires à la dignité humaine : torturer et tuer. Cela semble en pratique difficile.

En conséquence, il apparaît que la mesure est justifiée et ne doit pas être interdite. Ne pourrait-elle être interdite au titre de la libre prestation de services.

## **2. La restriction à la liberté de prestation de services**

La prestation de services bénéficie aux ressortissants communautaires (art. 56 TFUE). Conformément à l'article 54 TFUE applicable en vertu de l'article 62 TFUE, cette liberté bénéficie aux sociétés, plus largement aux groupements dotés de la personnalité morale à but lucratif, c'est-à-dire celle qui poursuivent un but économique.

La société Videofun est une société française qui commercialise des logiciels. Elle a la personnalité morale, conformément au droit français, et poursuit un but économique. La France est membre de l'Union européenne. La société Videofun peut donc bénéficier de la liberté.

Le jeu vidéo peut-il être considéré comme une prestation ? Un service est une prestation proposée contre une rémunération (art. 56 al. 1 TFUE).

On peut l'admettre si l'on considère que le joueur ne bénéficie que d'un droit d'utilisation du jeu. En d'autres termes, la prestation consisterait à mettre à la disposition d'autrui un jeu (en ligne par exemple), pendant une certaine période. Le joueur paye pour pouvoir bénéficier du jeu pendant un certain temps en fonction de sa durée d'utilisation. Il s'agit d'une activité commerciale au sens de l'article 56 al. 2.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, la liberté de services se distingue de la liberté des travailleurs en ce qu'elle traduit l'indépendance du prestataire. Tel est bien le cas en l'espèce.

En outre, l'activité est exercée sans établissement, de manière temporaire, de sorte que l'on peut conclure à la qualification de services et exclure la notion d'établissement (Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, "Un ressortissant d'un État membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre État membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet État, relève du chapitre du traité relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services » (CJCE 30 novembre 1995, Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, Rec. p. I-4165)).

Par ailleurs, cette activité n'est pas spécialement réglementée à notre connaissance.

Il doit aussi s'agir de services à caractère transfrontalier impliquant deux États membres (v. art. 56 al. 1). Tel est bien le cas en l'espèce puisque le prestataire de service français offre ses services en RFA.

Il convient avant de s'interroger sur une éventuelle restriction de constater que l'activité de jeu vidéo ne relève pas de l'exercice d'activités relevant de l'autorité publique (article 51 al. TFUE).

S'agit-il d'une restriction à la libre prestation de services ? Conformément à l'article 56 TFUE, toutes les restrictions à la libre prestation de services sont interdites, soit toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de libre prestation de services constituent une restriction au sens des articles 56 et s. TFUE (CJCE, 25 juillet 1991, Saeger, C-76/90, Rec. p. I-4221).

En l'espèce, les jeux vidéo ne peuvent être commercialisés sur le sol allemand (accès ou

diffusion interdits en Allemagne). Cela constitue une restriction à la libre prestation de services.

Cette restriction à la liberté de services peut-elle être justifiée sur le fondement de l'ordre public ?

L'article 52 TFUE, applicable en la matière en vertu de l'article 62 TFUE, admet des restrictions justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

En présence de mesures distinctement applicables, la Cour a admis que seules les justifications fondées sur l'article 52 § 1 peuvent être envisagées.

Mais en cas de mesures indistinctement applicables, les justifications jurisprudentielles peuvent être envisagées ((CJCE, 25 juill. 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda / Commissariaat voor de Media (C-288/89, Rec.\_p.\_I-4007) (cf. al. 10-15); CJCE 25 juillet 1991 Commission / Pays-Bas (C-353/89, Rec.\_p.\_I-4069) (cf. al. 14-19).

Il convient d'admettre ici les deux types de justifications dès lors que les mesures sont indistinctement applicables aux prestataires de services allemands et français.

Toutefois, la possibilité pour un État membre de se prévaloir d'une justification prévue par le traité n'empêche pas le contrôle juridictionnel des mesures d'application de cette dérogation (CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, 41/74, Rec. p. 1337, point 7).

L'ordre public ou la dignité humaine peuvent être invoqués (v. plus haut). Il a été jugé que la notion d' « ordre public » dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation à la liberté fondamentale de prestation des services doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté (voir, par analogie avec la liberté de circulation des travailleurs : CJCE, 27 octobre 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999).

Il en découle que l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (CJCE, 14 mars 2000, Église de scientologie, C-54/99, Rec. p. I-1335, point 17).

Mais les autorités nationales bénéficient en la matière d'une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité (Voir arrêts précités : CJCE, Van Duyn, point 18, et Bouchereau, point 34).

Selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que, à cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits



de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales revêt dans ce contexte une signification particulière (voir notamment, CJCE, 18 juin 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, point 41; CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 71).

La Cour considère que le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services (voir arrêt Schmidberger précité; CJCE, 14 oct. 2004: Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, C 36/02).

Encore faut-il que ces restrictions soient nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et que ces objectifs ne puissent être atteints par des mesures moins restrictives (voir, en ce qui concerne la libre circulation des capitaux, arrêt Église de scientologie).

Ne pourrait-on considérer que la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État (CJCE, 11 septembre 2003, Anomar e.a., C-6/01) ?

☞ **Sur l'analyse de la proportionnalité, voir ce qui est indiqué plus haut à propos de la libre circulation des marchandises.**

En conséquence, le droit de l'Union européenne paraît bien ne pas s'opposer à ce qu'une activité économique, consistant en l'exploitation commerciale de jeux vidéo de simulation d'actes homicides, soit interdite pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine soit interdite.