

La mission de service public et les nouveaux médias

par Meike Ridinger, LL.M. (Eur.)

EDITORIAL

Les 28 et 29 mai 2009, le Conseil de l'Europe organisait en collaboration avec ses hôtes islandais la première Conférence des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication. Cette conférence avait pour thème « Une nouvelle conception des médias ? ». Dès lors que l'on engage une quête faustienne visant à découvrir la « nature intrinsèque » des nouveaux médias, on ne peut faire l'économie d'une réflexion sur le rôle de la mission de service public dans les nouveaux médias.

L'une des questions centrales concerne le rôle que devront ou, plus précisément, pourront jouer les radiodiffuseurs du service public dans un paysage médiatique en pleine mutation. Le Conseil des ministres n'a pas manqué de réaffirmer, dans sa résolution de Reykjavik, son « soutien aux médias de service public, technologiquement neutre, y compris la radiodiffusion de service public, qui bénéficient d'une réelle indépendance éditoriale et d'une autonomie institutionnelle ».

Le point 7 du plan d'action adopté avec la résolution fait état de la nécessité de continuer à développer la notion de valeur de service public de l'Internet. Il envisage expressément la possibilité d'une intervention de l'État en cas de défaillance du marché. Concrètement, il fait référence au cas où le marché serait incapable de répondre à tous les besoins et à toutes les aspirations légitimes, en termes d'infrastructures, mais aussi de diversité et de qualité des contenus et des services disponibles ». Ce faisant, le point 7 du plan d'action aborde un thème de droit communautaire sur lequel la Commission et les tribunaux sont régulièrement amenés à statuer. Jusqu'à présent, il s'agissait de déterminer les critères auxquels devait répondre le concept d'un radiodiffuseur public pour pouvoir s'engager dans les nouveaux médias en conformité avec les dispositions du droit communautaire en matière de concurrence et d'aide de l'État.

Plus actuelle que jamais, cette question s'inscrit dans la recherche globale d'un équilibre entre les intérêts respectifs des secteurs public et privé du nouvel environnement médiatique. C'est pour cette raison que ce numéro d'IRIS *plus* est consacré à l'engagement des radiodiffuseurs du service public dans les nouveaux médias. L'auteur étudie dans quelle mesure et dans quelles conditions la mission de service public recouvre un tel engagement, ainsi que les limites actuelles d'un financement public légitime. Elle procède à une analyse détaillée du droit communautaire et de nombreuses dispositions nationales de divers pays.

Il est clair que la mission de service public sera adaptée à l'environnement des nouveaux médias et que cette adaptation devra se faire en tenant compte des intérêts respectifs des prestataires privés et publics de services des médias. Quel que soit le résultat de l'exercice, une conclusion s'imposera : le roi est mort, vive le roi !

Strasbourg, juin 2009

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

Responsable du département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel

IRIS *plus* est un supplément à IRIS, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, Edition 2009-6



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int



La mission de service public et les nouveaux médias

Meike Ridinger, LL.M. (Eur.)

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles

I. Introduction

Les médias électroniques évoluent en permanence, les radiodiffuseurs publics veulent et doivent (pouvoir) suivre. Ils utilisent les offres existantes et en développent de nouvelles pour pouvoir toucher leur public sur Internet. Le présent rapport examine quelles sont les dispositions de droit communautaire à respecter, le cas échéant, lorsque les Etats membres autorisent les médias publics à pratiquer ce type d'activités.

1. Problématique juridique

Depuis les années 1970, les organes communautaires ont reconnu à plusieurs reprises l'importance de la radiodiffusion publique. En 1974, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) soulignait déjà que les États membres étaient habilités à définir un service d'intérêt économique général dans le domaine de la radiodiffusion sous la forme d'un programme complet¹. Par ailleurs, la CJCE a également reconnu qu'une télévision présentant des programmes pluralistes et non-commerciaux pouvait être l'objectif d'une politique nationale en matière de radiodiffusion et justifier des restrictions à la libre prestation de services.

Le protocole du Traité d'Amsterdam du 17 juin 1997² réaffirme la compétence des États membres en matière de financement de la radiodiffusion publique et souligne le lien de celle-ci avec les besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société ainsi que son rôle de garant du pluralisme. Le Conseil a également mis en lumière ces éléments dans sa décision du 25 janvier 1999, en ajoutant que l'accomplissement de cette mission de service public doit s'appuyer sur le progrès technologique³. Le protocole d'Amsterdam soumet l'assouplissement, en faveur des médias publics, des règles de la concurrence et des aides publiques fixées par le Traité CE à deux conditions. D'une part, le financement des radiodiffuseurs publics doit servir à mettre en œuvre la mission de service public telle qu'elle a été définie et assignée aux radiodiffuseurs par les États membres. Et, d'autre part, les règles du marché et de la libre concurrence de l'Union ne doivent pas être entravées au point de nuire à l'intérêt général ; il convient de prendre en compte également les exigences liées à l'accomplissement de la mission de service public

Le Parlement européen a également confirmé à plusieurs reprises le rôle important des médias publics, notamment dans le cadre de la défense du pluralisme des médias⁴.

Dans le cadre de la Conférence de Lille, les 19 et 20 juillet 2000, la Commission européenne a souligné l'importance de la radiodiffusion publique dans le domaine des services en ligne et de la

télévision numérique. Elle a rappelé qu'il était essentiel d'offrir aux radiodiffuseurs publics les possibilités d'exploiter pleinement les nouvelles technologies de l'information⁵. La Commission a réaffirmé cette déclaration dans sa Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État de 2001 (Communication sur la radiodiffusion)⁶.

Indépendamment de ces déclarations d'ordre général, les développements technologiques posent régulièrement de nouveaux problèmes concernant la légitimité du mode de financement des offres des médias publics. On assiste en particulier à une redéfinition de la mission de radiodiffusion, qui se doit d'être dynamique et largement ouverte aux nouveaux développements. Dans le cadre de la réglementation actuelle, la Commission ne dispose pas d'une base suffisante pour exercer un contrôle sur la conformité des aides visant à financer de nouveaux services de médias qui ne constituent pas des programmes au sens classique du terme. Après avoir rendu de nombreuses décisions au cas par cas au cours des années précédentes, la Commission travaille depuis 2008 à la révision de la Communication sur la radiodiffusion.

La définition de la mission de service public joue un rôle déterminant pour définir la frontière entre culture et démocratie d'une part, et marché et commerce d'autre part. Elle s'appuie sur la tension entre le droit constitutionnel et le droit européen, car l'héritage démocratique et culturel des différents États entre souvent en conflit avec le droit européen de la concurrence, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives aux aides publiques. La question centrale est la suivante : le droit communautaire permet-il de définir la mission de service public en accordant suffisamment d'importance au récent développement de certaines (nouvelles) offres de communication publique ?

2. Les défis posés par le développement des médias

2.1. L'importance croissante des nouveaux médias

L'avenir appartient à Internet, du moins va-t-il jouer un rôle croissant dans l'utilisation des médias à l'avenir. En même temps qu'Internet évoluait, passant d'un simple système d'information à base de texte à une plateforme multimédia pour des offres de texte, et de contenus audio et vidéo, le nombre des internautes en Europe ne cesse d'augmenter⁷. Une étude datant de 2007 révèle que 45 % des utilisateurs européens du haut débit regardent régulièrement la télévision en ligne parce que cela leur offre davantage de flexibilité au niveau des horaires⁸. Internet propose désormais une multitude d'offres audio et vidéo qui sont proposées d'une part par les radiodiffuseurs historiques et d'autre part par des nouveaux-entrants sur le marché.



Les programmes diffusés par les moyens de transmission classiques (terrestres, satellite, câble) sont également diffusés sur Internet (*livestreaming*). En outre, certains prestataires diffusent des services audiovisuels linéaires exclusivement sur Internet (*webcasting*). Par ailleurs, une multitude de contenus audio et vidéo sont mis à disposition à la demande.

Par rapport aux médias (électroniques) classiques, le marché des médias numériques est subordonné à une structure différente des offres et de la concurrence ainsi qu'à des habitudes d'utilisation qui se sont modifiées. D'une part, cela entraîne une nette extension et une diversification de l'offre. D'autre part, le mode d'utilisation est plus individuel, donc également plus diversifié.

2.2. Le débat sur la mission des médias de service public

Les médias publics sont de plus en plus tributaires de nouvelles formes d'offres dans la mesure où ils veulent remplir leur mission de fonctionnement. C'est pourquoi ils développent depuis longtemps déjà leurs propres offres en ligne, les élargissent et les perfectionnent. Ils estiment qu'il ne suffit pas de diffuser simplement en ligne des contenus radiophoniques ou télévisés déjà existants pour gagner le public des internautes. Ils ont donc tenté d'exploiter également les avantages spécifiques d'Internet pour leurs nouvelles offres spécialement créées par eux. Les activités en ligne des médias de service public, qui dépassent le cadre du *simulcast* (diffusion intégrale et simultanée d'un contenu sur Internet), provoquent néanmoins régulièrement un débat avec les opérateurs de médias privés sur les possibilités et les limites juridiques des offres de service public dans les nouveaux médias. Les radiodiffuseurs privés craignent une distorsion de la concurrence dans la mesure où des contenus pouvant également être fournis par les diffuseurs privés sont financés par la redevance. La presse proteste en particulier contre la concurrence des offres de textes « similaires à la presse » et exigent que ce type de service puisse être fourni tout au plus en corollaire d'un programme. Les radiodiffuseurs publics s'appuient sur la neutralité, en matière de médias, de leur mission de service public qui doit également pouvoir être remplie sur Internet.

Les nouvelles offres qui provoquent le débat entre les prestataires privés et publics, peuvent se classer en trois grandes catégories⁹. Ces trois catégories font l'objet d'appréciations diverses, notamment parce qu'actuellement plusieurs États membres sont en cours de procédure législative ou mettent en application pour la première fois de nouvelles lois.

Les nouveaux médias numériques comme (autre) mode de diffusion

La première catégorie concerne l'utilisation des nouveaux médias comme mode de diffusion supplémentaire de la radiodiffusion publique. Il est généralement admis que les radiodiffuseurs publics sont autorisés à diffuser également les programmes existants (de radio et de télévision) par le biais des nouveaux moyens de transmission numériques. Ceci englobe la diffusion intégrale et simultanée sur Internet (*simulcast*) ou sur les réseaux de réception mobile (normes DMB ou DVB-H) ; mais également, sous réserve de certaines conditions, l'utilisation de « plateformes étrangères » (Zattoo, Joost, YouTube etc.).

Les offres commerciales exclues

La seconde catégorie regroupe les « activités (purement) commerciales ». Conformément à la décision de la Commission d'avril 2007 concernant l'Allemagne¹⁰, ceci englobe les offres suivantes : commerce électronique, publicité/parrainage, comptes-rendus régionaux complets, renvois directs (hyperliens) à des demandes explicites d'achat, jeux payants et « autres téléchargements », contrats de licence avec les opérateurs de téléphonie mobile, forums de « chat » sur Internet, programmes permettant de calculer les cotisations d'assurance et de comparer les offres de plusieurs compagnies d'assurance.

Les offres très controversées

Sur Internet, les offres et formules d'utilisation permettant d'utiliser le média indépendamment de tout horaire, en se démarquant du système de fonctionnement des programmes linéaires classiques, suscitent un vif intérêt. Elles forment la troisième catégorie des services controversés et posent deux questions essentielles : les contenus classiques des médias de service public peuvent-ils également être présentés dans le cadre des services à la demande (sans contraintes au niveau des contenus ou des horaires) ? La mission de service public doit-elle également englober le développement et l'élargissement d'offres spécialement conçues pour les nouveaux médias et leurs modes d'utilisation spécifiques ?

- Les médiathèques fournissent des exemples, dans le cadre de la première problématique mentionnée, sous la forme des fonctionnalités d'archives. Celles-ci permettent de proposer sous forme numérique un contenu existant diffusé par radiodiffusion, indépendamment de l'horaire de diffusion d'une émission. Ceci peut constituer une valeur ajoutée pour l'utilisateur tenant compte des exigences démocratiques, sociales et culturelles. Par exemple, un utilisateur peut (re)visionner plusieurs émissions traitant d'une actualité politique et se faire une opinion sur l'évolution qu'a suivie un débat sur un thème donné, sur une certaine période. Néanmoins, la légitimité de ces services à la demande n'est pas reconnue de façon systématique. Le débat porte sur la période durant laquelle ces offres sont valides, sur la nature des informations complémentaires qui peuvent être ajoutées aux contenus et sur la possibilité ou non de faire appel à une plateforme étrangère, et, le cas échéant, dans quelles conditions. Cela complique encore la différenciation entre « commerce électronique » illicite et mission de service public. Comment qualifier par exemple des archives qui, une fois un certain délai écoulé, ne sont plus accessibles que moyennant une certaine somme, tel un système de paiement à la séance (*pay-per-view*) ? L'accès privilégié accordé à certains groupes d'utilisateurs, notamment pour un usage scolaire ou professionnel, peut-il être couvert par la mission de service public ?
- En ce qui concerne la deuxième problématique, il s'agit de déterminer quelles offres et quelles formules les médias de service public sont autorisés à développer ou à utiliser pour prendre en compte les spécificités d'Internet. Faut-il prescrire aux médias publics les mêmes quotas réglementaires en matière de texte, d'images, de contenus audio ou vidéo pour leurs offres sur Inter-



net ? Faudrait-il poser certaines conditions lorsque l'offre fait référence à une certaine émission diffusée dans le cadre de la radiodiffusion classique ?

Bon nombre de questions évoquées ici ne sauraient recevoir de réponse abstraite ou unanime pour la plupart des États membres.

II. Cadre réglementaire de la mission de service public

Le Conseil de l'Europe¹¹ et les organes de la Communauté européenne se sont régulièrement penchés sur la question de la mission de service public. Nous présentons ci-dessous le cadre juridique communautaire tout en pointant les problèmes liés à la définition du mandat de service public.

1. Les règles de « partage de responsabilité »

À la différence du Conseil de l'Europe, dans le cadre du droit communautaire, se pose régulièrement la question de savoir dans quelle mesure les différentes définitions des États membres concernant la mission de service public des médias relèvent d'un contrôle supranational. Ce problème constitue le « fil conducteur » des considérations exposées ci-dessous.

1.1 Les fondements de la compétence de la CE

Selon le principe de l'attribution de compétences limitées (art. 5, par. 1 du Traité CE), la Communauté ne peut intervenir que dans les cas prévus expressément par le Traité CE. En matière de réglementation de la radiodiffusion, ni la communauté, ni les États membres n'ont de compétence exclusive.

L'article 151 du Traité CE est souvent cité comme fondement pertinent de définition des compétences. Néanmoins, il n'attribue à la Communauté qu'une compétence de type subsidiaire en matière de culture et, par conséquent, de radiodiffusion¹². La Communauté peut prendre des mesures pour encourager la culture, mais n'est pas habilitée à promulguer des directives d'harmonisation du droit national (par. 5). En vertu de l'article 151, par. 4 du Traité CE, la Communauté doit tenir compte des aspects culturels, dans son action portant sur d'autres domaines, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures.

Les organes de la CE ont pour mission d'instaurer un marché commun. En principe, leur compétence peut donc s'étendre aux activités culturelles, puisque celles-ci relèvent également de l'économie. Étant donné que la radiodiffusion a été qualifiée de prestation de service par la CJCE, les articles 49 et suivants du Traité CE, notamment l'article 55 en lien avec l'article 47, par. 2 du Traité CE, peuvent servir de base pour définir les compétences¹³.

Le Traité CE confère à la Commission le droit et le devoir de préserver la concurrence sur le marché intérieur contre les pratiques frauduleuses ou abusives susceptibles de fausser la concurrence. Le droit d'accorder des aides fait partie d'un système qui poursuit cet objectif (art. 3, par. 1, alinéa g du Traité CE). Les institutions CE

peuvent vérifier la conformité de la mission de service public définie par les États membres avec les règles en matière d'aides de l'État sur la base des articles 87, par. 1 et 86, par. 2 du Traité CE.

Compte tenu de l'ambivalence de la radiodiffusion, qui est à la fois un bien économique et culturel, la CE possède également une compétence de régulation à cet égard. Il suffit néanmoins de relire les articles 86, par. 2 et 87, par. 2 et 3 du Traité CE pour s'apercevoir que les dispositions en vigueur laissent une marge de manœuvre pour les activités de nature non économique, par exemple dans le cas d'aides de l'État à des fins culturelles, art. 87, par. 3, alinéa d du Traité CE.

1.2. Contrôle des aides publiques par la Commission et débat sur la mission de service public

Le caractère légitime du financement des radiodiffuseurs publics conformément aux dispositions légales régissant les aides publiques dépend du poids de la mission de service public dans la justification de cette mesure, conformément à l'article 86, par. 2 du Traité CE.

La CJCE¹⁴, le tribunal de première instance (TPICE)¹⁵ et la Commission¹⁶ ont reconnu que les activités des radiodiffuseurs publics étaient des services d'intérêt économique général, au sens visé par l'article 86, par. 2 du Traité CE.

Cette disposition autorise une restriction des règles de la concurrence établies par le droit communautaire (en particulier l'interdiction de dispenser des aides d'État) lorsque ces règles risquent d'entraver l'exécution d'une mission de service public. À cet égard, l'article 16 du Traité CE est significatif en spécifiant que « la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité », veillent à ce que les services d'intérêt économique général « fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. » Par ailleurs, l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne souligne également l'importance de ces services.

Selon la jurisprudence de la CJCE, l'article 86, par. 2 du Traité CE doit permettre de concilier au mieux l'intérêt des États membres à utiliser les entreprises du secteur public comme des outils de gestion économique, et l'intérêt de la Communauté, qui est de préserver les règles de la concurrence. Or, cela suppose que les États membres soient compétents en la matière. Dans le cadre de cette compétence, les États membres définissent ce qui relève des services d'intérêt économique général.

En vertu de l'article 86, par. 2 du Traité CE, les dispositifs de financement de la radiodiffusion publique sont conformes aux dispositions légales en la matière dans les cas suivants :

- définition claire et précise de la mission de service public de la radiodiffusion à l'échelle nationale (définition de la mission) ;
- établissement d'un mandat formel d'exécution de la mission de service public délivré par une procédure officielle à une ou plu-



sieurs entreprises, et contrôle de son exécution effective par un organisme indépendant de l'entreprise mandatée (mandat et contrôle) ;

- limitation du financement public à la seule part nécessaire à l'exécution de la mission de service public (proportionnalité).

On retiendra que dans le cadre du contrôle des aides d'État visé à l'article 87 et suivants du Traité CE, la Commission est habilitée à surveiller le financement des radiodiffuseurs publics dans un État membre. L'article 86, par. 2 du Traité CE peut, contrairement à l'interdiction de dispenser des aides publiques, justifier à titre exceptionnel le financement des médias de service public et le rendre ainsi compatible avec le marché intérieur. Toute application de cette disposition place la mission de service public définie par les États membres en ligne de mire. Il convient de vérifier si nous sommes en présence d'une définition suffisamment claire de la mission établie par l'État membre.

1.3. Définition de la frontière entre les champs de compétence de la Communauté et des États membres

Le Protocole d'Amsterdam de 1997, qui conformément à l'article 311 du Traité CE, fait partie intégrante du droit communautaire, confirme qu'il incombe aux États membres de définir et d'organiser la mission de service public et de financer les radiodiffuseurs publics en conséquence. On en a déduit, pour une part, que les États membres devraient désormais fixer la mission de service public sans aucune ambiguïté, en particulier en formulant de façon irréfutable les obligations concrètes concernant les programmes et les tâches annexes, afin de permettre à la Commission de vérifier la conformité des aides accordées¹⁷.

Or, cette déduction est contredite, d'une part, par la formulation du protocole (« ...l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre... » et, d'autre part, par la Résolution du Conseil du 25 janvier 1999, qui clarifie le protocole du Traité d'Amsterdam en matière de nouveaux services. En vertu de cette résolution, le service public de radiodiffusion doit continuer à bénéficier des progrès technologiques et permettre au public d'accéder à de nouveaux services audiovisuels grâce aux nouvelles technologies. La mission de service public doit être définie de façon ouverte, dynamique et tournée vers l'avenir. La démarcation concrète entre les champs de compétence des États membres et de la Commission est donc difficile à établir. Certes, la définition de la mission relève de la compétence des États membres, ce qui limite, dans une certaine mesure, la portée du contrôle de la Commission. Néanmoins, la Commission doit pouvoir effectuer un contrôle selon sa conception pour vérifier si les aides sont adaptées ; cela implique qu'elle doit chaque fois savoir ce que recouvre exactement la mission de service public concernée.

Limites des compétences de la Commission en matière de droit constitutionnel/organique

En vertu de l'article 6, par. 2 du Traité UE, l'Union européenne est tenue de respecter aussi bien les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

que les principes communautaires découlant de l'héritage constitutionnel commun des États membres¹⁸. En outre, l'article 6, par. 3 du Traité UE prévoit l'obligation de respecter l'identité nationale des États membres. Comme le fait apparaître ce qui suit, les garanties des droits fondamentaux au niveau national et européen présentent de solides éléments en faveur d'une libre appréciation des États membres dans la définition de la mission de service public. La Commission doit également en tenir compte, ainsi que du fait qu'un mandat élargi et dynamique conféré aux médias du service public respecte l'identité nationale des États membres respectifs.

Tous les États membres de l'Union européenne reconnaissent que la radiodiffusion joue un rôle démocratique, culturel et social fondamental. La radiodiffusion a notamment pour tâche :

- de garantir la formation d'une opinion individuelle et publique libre et globale ;
- de représenter les différents courants économiques, culturels et philosophiques de la société ;
- de rendre compte de l'actualité avec objectivité et neutralité ;
- de garantir le pluralisme dans les médias ;
- de donner la parole aux mouvements et organismes régionaux pour relayer et renforcer l'identité des différentes régions ;
- de fournir aux citoyens un programme global et équilibré axé sur l'actualité, la culture, la formation et le divertissement ;
- de garantir un niveau de qualité élevé des programmes¹⁹.

On peut donc, ne serait-ce que d'un point de vue théorique et scientifique, parler d'une fonction communautaire de service public qui non seulement autorise, mais oblige le législateur à prendre des mesures pour défendre le pluralisme et la diversité d'opinion²⁰. Cette fonction découle du droit constitutionnel dans un grand nombre d'États membres. Elle permet souvent d'étayer la primauté de l'intérêt général en matière d'information sur l'intérêt des radiodiffuseurs. Par conséquent, elle légitime, dans une certaine mesure, l'instauration de restrictions et d'interventions contre la liberté des radiodiffuseurs. La liberté d'opinion et la liberté des médias entraînent donc un postulat de droit constitutionnel qui autorise, voire même oblige, le législateur national à mettre en place des mesures garantissant le pluralisme²¹. Ainsi, la mission de service public est principalement assignée aux médias du service public (financés par la redevance). Cette conclusion est également confirmée par l'article 10 de la CEDH et l'interprétation qu'en a fournie la Cour européenne des droits de l'homme. Tous les États membres de l'UE ont ratifié la CEDH²².

Point de clivage : liberté de programmation et indépendance vis-à-vis de l'État contre une définition claire de la mission de service public

Le contrôle exercé par la Commission sur la définition du mandat dans le cadre du droit communautaire en matière d'aides d'État



peut entrer largement en conflit avec la protection des médias du service public telle qu'elle est garantie par le droit organique national et européen :

Selon la conception exprimée par la Commission dans la Communication sur la radiodiffusion, la mission de service public doit être conférée à une entreprise selon une procédure officielle²³. D'une part, la mission doit être clairement et précisément définie, organisée ou conférée. D'autre part, les États membres sont tenus de préserver l'indépendance de la radiodiffusion en général, et l'autonomie des programmes en particulier. Les deux objectifs peuvent facilement entrer en conflit. Plus la mission est définie concrètement de la part de l'État, plus on risque de voir les obligations qui en découlent en matière de conception des offres et des programmes interférer de façon illicite avec la liberté éditoriale des médias de service public. En effet, ces derniers doivent pouvoir décider eux-mêmes sur la base de considérations journalistiques dans le cadre d'une définition générale de leur mission.

Il est donc nécessaire que les États membres disposent d'une large marge de manœuvre pour pouvoir résoudre ce type de conflits. Cela va de pair avec l'obligation faite à la Commission d'observer un devoir de réserve lors du contrôle de la définition du mandat. C'est le seul moyen de donner suite à l'exigence de respect des droits fondamentaux et de l'identité nationale visée à l'article 6, par. 2 et 3 du Traité UE. En définitive, cela permet d'appliquer l'obligation de collaboration loyale visée à l'article 10 du Traité CE²⁴.

1.4. Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État

Dans la Communication déjà évoquée de 2001, la Commission établit selon quels principes il convient d'appliquer les articles 87 et 86, par. 2 du Traité CE concernant les aides d'État au service public de radiodiffusion. Dans un premier temps, elle reconnaît que la définition de la mission de service public est du ressort des États membres. Elle reconnaît, par ailleurs, que du fait de la nature particulière de la radiodiffusion et des dispositions interprétatives du Protocole d'Amsterdam, une définition « élargie » de la mission de service public est conforme à l'article 86, par. 2 du Traité CE. Selon la conception de la Commission, les services qui, comme les services d'information en ligne, ne constituent pas des « programmes » au sens traditionnel, peuvent également faire partie intégrante de la mission de service public s'ils « servent les mêmes besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société ». Conformément à la Communication de la Commission sur la radiodiffusion, il convient de définir le mandat de service public aussi précisément que possible.

2. Pratique de la Commission

À ce jour, la Commission a étudié dans le cadre de plusieurs procédures la définition de la mission de service public et le mode de financement des offres en ligne des services publics de radiodiffusion²⁵. Le compte-rendu présenté ci-dessous rapporte ce qui en est ressorti concernant l'objet du mandat (légitime), ainsi que les procédures utilisées pour l'examen (approfondi) du mandat.

2.1 France

Au cours de la procédure concernant le financement de France 2 et France 3, la Commission a tout d'abord établi, comme dans sa Communication sur la radiodiffusion, que la définition de la mission de service public est du ressort des États membres. Dans ce cas, comme dans plusieurs autres décisions, la Commission reconnaît la conception élargie du mandat de service public adoptée par l'État membre, de même que le fait que son contrôle soit limité aux erreurs manifestes²⁶. La Commission a jugé que les cahiers des charges du 16 septembre 1994 de France 2 et France 3, qui prescrivent notamment aux chaînes de télévision de remplir leur mission culturelle, pédagogique et sociale en élaborant des programmes variés sur la base d'émissions d'information, culturelles et de divertissement, offraient une définition du mandat suffisamment claire et légitime. Ce mandat recouvre :

- l'obligation de retransmettre les déclarations gouvernementales, les débats parlementaires ou la diffusion d'informations sur les organisations et partis politiques, organisations syndicales et économiques, ainsi que sur les principales communautés religieuses en France ;
- la diffusion d'émissions de théâtre, de musique, de danse, de variétés, de sport et
- la diffusion d'émissions pour la jeunesse et d'adaptations romanesques. Les dernières modifications de la loi de 1986 relative à la liberté de communication, qui sont entrées en vigueur en mars 2009, partent du principe, à l'instar du projet de révision du cahier des charges de France Télévisions, que l'éventail des programmes doit être complété et enrichi dans le cadre des nouveaux services audiovisuels²⁷.

2.2. Royaume-Uni

Concernant le mode de financement de BBC Digital Curriculum, la Commission a déclaré en 2003 qu'une chaîne de formation faisait partie intégrante de la mission de service public lorsque la nouvelle offre avait un caractère complémentaire, qu'elle se différenciait des offres commerciales et qu'elle était prévisible pour la concurrence commerciale²⁸. La Commission a estimé qu'il n'y avait pas d'erreur manifeste et a fondé cette appréciation sur la définition étroite du mandat de la BBC et sur la mise en place d'un plan quinquennal qui établit des critères spécifiques pour les domaines non couverts. La Commission estime que cette mesure permet de clarifier la situation à l'égard des concurrents commerciaux sur les domaines non intégrés au bouquet de services.

En Grande-Bretagne, un nouveau cadre juridique est entré en vigueur en janvier 2007 pour la BBC. La réglementation correspondante est suivie avec beaucoup d'attention en Europe.

L'un des principaux changements de la Charte (*Charter*²⁹) porte sur la création d'une nouvelle instance, le BBC Trust. Ce dernier se compose de douze membres désignés sur proposition du gouvernement et remplace les Conseils de la radiodiffusion de la BBC. D'un point de vue institutionnel, la séparation entre la direction de la BBC (le directoire) et le Trust est plus nette qu'avec les

conseils de la radiodiffusion. Le Trust joue un rôle explicitement régulateur ; son principal instrument de contrôle réside dans l'application d'un *Public-Value-Test* (test d'évaluation de l'intérêt public - PVT) pour apprécier la valeur des programmes de BBC (« Quel intérêt présente le programme pour la collectivité ? »)

Ce test se déroule en trois étapes : dans un premier temps, le BBC Trust mène une procédure de *Public Value Assessment* (évaluation de l'intérêt public), qui doit permettre de déterminer la valeur pour les consommateurs et pour la société d'une nouvelle offre programmée par le directoire. Parallèlement, l'*Office of Communications* (l'Office des communications - Ofcom) analyse à l'aide d'un *Market Impact Assessment* (étude d'impact sur le marché) les répercussions du projet sur les marchés concernés. Les résultats de ces deux tests, qui doivent en principe être disponibles dans un délai de trois mois, servent de base à une première décision provisoire de BBC Trust, qui est soumise au débat public. BBC Trust se base sur les prises de position qui lui sont transmises pour adopter sa décision finale. La procédure de PVT est close à la publication de la décision définitive et contraignante de BBC Trust.

À ce jour, quatre PVT ont été menés (offre en ligne, TV HD, offre numérique galloise, services vidéos à l'échelon local), dont les trois premiers ont obtenu un résultat positif. En revanche, la demande de BBC de lancer de nouveaux services vidéo à l'échelon local a été rejetée par BBC Trust le 23 février 2009³⁰. Globalement, les effets négatifs du projet de la BBC sur le marché auraient été supérieurs à la plus-value dégagée pour les téléspectateurs et à l'intérêt général. La décision provisoire de novembre 2008 avait déjà établi que les portails BBC mettaient les opérateurs et les éditeurs privés régionaux sous pression. Selon le président de BBC Trust, la presse régionale et les autres acteurs peuvent désormais investir dans l'Internet en ayant la certitude que BBC n'interviendra pas sur ce marché.

2.3. Irlande

Concernant le financement des chaînes irlandaises RTE et TG4³¹, la Commission a confirmé en février 2008 que la mission de service public ne couvrait pas les activités purement commerciales. La mission de service public peut englober, par exemple, la publication de livres ou de matériel audiovisuel si l'intérêt public d'un tel projet a été préalablement établi. Ce constat *ex ante* peut être établi sur la base de la *Broadcasting Charter* (charte répertoriant le contenu de la mission de la radiodiffusion de service public), qui est mise au point par les radiodiffuseurs pour une période de plusieurs années et doit être avalisée par le ministre de tutelle, et des *Annual Statements of Commitments* (déclarations annuelles d'engagement). Ainsi, la portée de la mission de service public est définie à l'avance et peut être contrôlée *ex post* par les autorités compétentes. Selon la conception de la Commission, la définition du mandat doit en tout état de cause englober une part de comptes-rendus sportifs pouvant aller jusqu'à 10 %. Pour évaluer dans quelle mesure une nouvelle offre répond aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société, la Commission indique qu'on peut utiliser une procédure permettant d'apprécier l'intérêt d'un nouveau service pour la société et son impact éventuel sur le marché concerné. Ceci s'applique également aux offres complémentaires.

En Irlande, la *Broadcasting Bill* 2008 apportera de profondes modifications dans le droit de la radiodiffusion, y compris dans le domaine du service public de radiodiffusion (contenu et fonctionnement) et de son mode de financement. La mission de service public sera élargie, notamment en ce qui concerne les nouveaux médias³².

2.4. Belgique : la communauté flamande

La décision de la Commission de février 2008 a mis un terme à la procédure de contrôle concernant le service public de radiodiffusion de la communauté flamande de Belgique (VRT). La Commission a tout d'abord accepté la réglementation cadre régissant le merchandising et autres activités annexes, qui, du fait de leur caractère commercial, sont exclus de la mission de service public. Parallèlement, un accord a été trouvé sur des critères concrets et une procédure appropriée permettant l'évaluation préalable du caractère d'intérêt général des nouveaux services de médias³³. Cette évaluation doit être conduite par une instance consultative indépendante. Il convient également d'évaluer l'incidence potentielle des nouveaux services sur le marché correspondant ; à cet égard, une consultation des parties concernées peut s'avérer utile.

2.5. Danemark

Concernant le mode de financement de TV2 Danmark, la Commission estime que la présence d'un radiodiffuseur sur Internet qui serve exclusivement à informer les utilisateurs sur ses programmes de télévision de service public relève de sa mission de service public. Par contre, la Commission considère qu'un service Internet commercial fournissant des produits interactifs non distincts des offres commerciales, tels que des jeux ou des forums de discussion (*chat*) pour un usage individuel, ne sert pas les intérêts démocratiques, sociaux et culturels de la société. Par conséquent, il ne saurait être assimilé à une offre de service public³⁴.

Pour autant, les vastes possibilités d'intervention sur Internet du service public danois de radiodiffusion ne sont pas remises en cause sur le fond. Selon toute évidence, la législation danoise en vigueur au moment où la Commission a rendu sa décision, fut la première en Europe à qualifier explicitement ce « nouveau média » de « troisième mode de transmission » et de « nouvelle plateforme de services ».

Le radiodiffuseur public DR et le ministère danois de la Culture ont signé un nouveau contrat de service public pour la période 2007-2010. Ce contrat comporte un accord sur les contenus et sur la procédure à appliquer lors de l'évaluation des nouveaux services³⁵.

2.6. Pays-Bas

D'après une estimation provisoire de la Commission dans la procédure de contrôle des organismes néerlandais de radiodiffusion publique, les activités annexes menées dans les nouveaux médias sous la forme, par exemple de services de SMS ou i-mode, ne font pas partie de la mission de service public³⁶. La décision du 22 juin 2006 relative aux mesures d'aide complémentaires *ad hoc*, à l'origine de la procédure, n'évoque « que » les objectifs généraux du



mandat et les comptes-rendus sportifs, qui sont tous les deux acceptés³⁷.

En 2008, une nouvelle loi sur les médias (*Mediawet* 2008) a été adoptée, selon laquelle la radiodiffusion publique doit s'acquitter de sa mission par la mise en œuvre de toutes les opportunités offertes par les nouveaux médias et modes de transmission³⁸.

2.7. Allemagne

En Allemagne, le service public de radiodiffusion a fait l'objet d'une enquête qui s'est terminée le 24 avril 2007 par un accord très remarqué avec la Commission (*Beihilfekompromiss*). La Commission exigeait, entre autres, que les instances compétentes définissent sans ambiguïté la portée du mandat de service universel³⁹. Par ailleurs, elles doivent veiller à ce que les activités commerciales des organismes publics soient clairement séparées et qu'elles s'exercent selon les règles du marché. Un organe de contrôle devra renforcer le dispositif de surveillance permettant de vérifier le respect de ces règles. La Commission a fixé les contraintes suivantes :

- le mandat d'exercice des radiodiffuseurs publics, notamment leurs activités dans le domaine des nouveaux médias, doit être définie dans une mesure suffisante ;
- des listes d'exemples positifs et négatifs doivent être établies en lien avec ce qui est couvert ou non par la mission de service public. Cela doit permettre de garantir transparence et visibilité à l'égard des autres opérateurs du marché, et faciliter la tâche de surveillance des organes de contrôle en matière de conformité des offres ;
- le traité d'État inter-Länder sur la radiodiffusion doit formuler des critères clairs concernant les missions attachées aux offres en ligne du service public, afin d'exécuter le mandat assigné aux organismes de radiodiffusion dans le cadre de la mutation des médias. Ces critères englobent notamment les objectifs suivants : assurer un accès à la société de l'information à toutes les catégories de la population, garantir aux minorités un accès adéquat aux services, mettre les nouvelles offres numériques au service des citoyens, proposer une aide fiable pour une meilleure orientation dans les nouveaux services numériques, développer la compétence des médias et accompagner les émissions de radiodiffusion dans les mutations en cours dans l'usage des médias ;
- la mission de service public doit être limitée aux offres éditoriales reflétant la plus-value rédactionnelle des organismes publics de radiodiffusion⁴⁰.

Pour le législateur allemand, la formulation légale d'une définition de la mission de service public constitue un exercice périlleux où il convient de préserver l'équilibre entre, d'une part, l'autonomie de programmation, ancrée dans le droit constitutionnel, et les opportunités de développement dans les nouveaux médias (comme cela a été confirmé récemment par la Cour fédérale constitutionnelle, le 11 septembre 2007⁴¹) et, d'autre part, les exigences de la Commission qui demande un concept aussi précis que possible de la mission de service public.

Concernant les offres numériques complémentaires, l'Allemagne a annoncé que le prochain Traité d'État inter-Länder sur la radiodiffusion spécifierait de façon exemplaire les différentes catégories de programmes, afin de mieux répondre aux exigences en matière de mandat général de programmation (axée sur l'information, la formation et la culture). Sur le thème de l'information, le Traité pourrait s'appuyer sur des catégories telles que les journaux d'actualité, les informations politiques, les émissions régionales, mais aussi le sport. La rubrique « formation » pourrait englober les sciences et technologies, les émissions pour la jeunesse, l'éducation, l'histoire, la religion, les sciences naturelles, etc. Quant à la culture, elle pourrait être intégrée aux programmes par des émissions de théâtre, musique, architecture, philosophie, littérature, cinéma, etc.

Le douzième *Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge* (Traité portant modification du traité d'État inter-Länder sur la radiodiffusion - RÄStV), ratifié le 18 décembre 2008 par les ministres-présidents des Länder allemands doit transposer dans le droit allemand les dispositions du *Beihilfekompromiss* (compromis sur les aides d'État) passé avec la Commission. À cet égard, la commissaire en charge de la Concurrence souligne que le système allemand de test en trois étapes est un « exemple intéressant concernant la façon de procéder pour garantir un contrôle efficace au niveau national⁴². »

D'une part, le nouveau *Rundfunkstaatsvertrag* (Traité inter-Länder sur la radiodiffusion - RStV) mandate directement les radiodiffuseurs publics de l'organisation des programmes télévisés (en partie sur la base des projets élaborés par les chaînes et intégrés dans le traité). Parmi les offres de services sur Internet, qui, en droit allemand, sont qualifiées de « télémedias », certaines sont également considérées par le RStV comme faisant partie d'office de la mission de service public. Néanmoins, la plupart de ces offres doit faire l'objet d'un descriptif plus précis de la part des chaînes dans leurs projets de télémedias. Une annexe au RStV dresse la liste des formes de services qui ne sont pas autorisées dans les télémedias.

D'autre part, une procédure de contrôle (test en trois étapes) est introduite pour les offres nouvelles ou modifiées de services télémedias : le radiodiffuseur doit démontrer devant l'instance compétente si l'offre concernée relève ou non de sa mission de service public. Pour cela, il doit indiquer dans quelle mesure elle est conforme aux exigences démocratiques, sociales et culturelles de la société, dans quelle mesure elle contribue à la concurrence rédactionnelle en terme qualitatif et quel sera le montant du budget. Lors de la présentation du projet, il convient de fournir des informations quantitatives et qualitatives sur les offres existantes librement accessibles, sur l'incidence du projet sur le marché et sur sa contribution à la formation de l'opinion dans le cadre de l'offre globale de services similaires déjà existante.

Avant la réalisation du projet, des tiers peuvent prendre position sur ces critères et l'instance compétente doit examiner les requêtes. L'instance de contrôle doit se procurer un avis d'expertise sur l'incidence du projet sur le marché concerné par le biais d'experts indépendants. Sa décision concernant la conformité ou non du projet avec les critères règlementaires doit être motivée⁴³. Lorsqu'un projet réussit le test en trois étapes, il est présenté à



l'autorité de surveillance juridique. Seule la publication consécutive dans les bulletins des Länder constitue l'acte officiel, requis par la Commission, d'assignation du mandat.

2.8. Résultat des décisions de la Commission

La décision prise à l'issue de la procédure vis-à-vis de l'Allemagne clarifie les exigences posées par la Commission. Les catégories fondamentales retenues pour les programmes, à savoir l'information, la formation, et la culture (ainsi que le divertissement), se retrouvent, à quelques détails près, dans les dispositions juridiques de presque tous les États membres. En ce qui concerne la définition de la mission de service public dans le cadre des médias numériques complémentaires, la Commission considère que la référence aux dites catégories de programmation est, en principe, légitime. Néanmoins, elle demande, d'une part, que soit déterminé à quelle catégorie appartiennent les médias complémentaires respectifs et, d'autre part, à ce que soit renforcée la mise en œuvre globale des catégories de programmation. Ces mesures devraient permettre de clarifier suffisamment la portée et l'orientation des offres complémentaires par rapport aux offres établies des radiodiffuseurs publics. Par ailleurs, cela permettra aux radiodiffuseurs privés de mieux planifier leurs activités. Enfin, les organes de contrôle seront mieux à même de surveiller le respect du cahier des charges des radiodiffuseurs publics.

Concernant la définition de la mission de service public dans le cadre des nouveaux médias, les décisions de la Commission n'apportent que peu d'éléments. D'une façon générale, toute mission de ce type implique que les offres proposées dans les nouveaux médias servent également les intérêts de la société. En outre, il est clair que la Commission accorde une grande importance à la mise en place de procédures permettant de vérifier cet aspect, ainsi que l'impact éventuel sur le marché. La mise en application de ces exigences impliquerait un débat au niveau national pour savoir où se situe l'intérêt général (*public value*, pour reprendre le terme britannique) des nouveaux médias.

3. Quelques aspects pertinents de la jurisprudence de la CJCE et du TPICE

La jurisprudence des tribunaux européens s'avère pertinente, tant pour les futures décisions au cas par cas de la Commission que pour la révision de la Communication sur la radiodiffusion.

Comme nous l'avons vu, la CJCE abordait déjà la question de la radiodiffusion dans l'arrêt de l'affaire *Sacchi*, en 1974. Dans cet arrêt, elle établit, d'une part, que la radiodiffusion est une prestation de service ; d'autre part, elle souligne également que les États membres sont habilités à définir une prestation de service d'intérêt économique général, au sens visé par l'article 86, par. 2 du Traité CE. Concrètement, cela permet de conférer au radiodiffuseur de service public un mandat pour qu'il organise et diffuse un programme complet dans le secteur de la radiodiffusion⁴⁴. La jurisprudence actuelle du TPICE approfondit et élargit cette conception. Une série de nouveaux jugements porte sur certaines décisions de la Commission exposées plus haut, que la Commission avait prises précédemment sur la base de sa Communication.

3.1. SIC c. Commission

Dans l'affaire *SIC c. Commission* du 25 juin 2008, l'arrêt du TPICE porte sur la question de la définition du mandat de service public, de la procédure d'attribution et du contrôle. L'arrêt livre quelques commentaires sur les trois critères d'examen qui, s'ils sont remplis, légitiment le financement du service public de radiodiffusion par des aides d'État, conformément à l'article 86, par. 2 du Traité CE (voir plus haut point II.1). Le tribunal suit tout d'abord la ligne adoptée par la CJCE, selon laquelle la radiodiffusion publique doit être qualifiée de service d'intérêt économique général au sens visé par cette disposition. Cela repose « davantage sur les effets qu'elle produit de fait dans le secteur, par ailleurs commercial et soumis à la concurrence, de la radiodiffusion, que sur une dimension commerciale du service public de radiodiffusion ». En vertu du protocole d'Amsterdam, celui-ci est « directement lié aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ». En outre, l'intégration de l'article 16 dans le Traité CE par le fait du Traité d'Amsterdam met en lumière l'importance des services d'intérêt économique général pour l'Union européenne. Selon la conception du TPICE, il est du ressort des États membres de définir ce type de service de radiodiffusion de façon à ce qu'ils englobent une vaste gamme de programmes. Ceci ne saurait être remis en cause par le fait que le prestataire de ces services soit autorisé à exercer des activités commerciales, telles que la vente d'espaces publicitaires. Ce qui est déterminant pour établir qu'un service est d'intérêt économique général, c'est l'intérêt général auquel il répond, et non les moyens par lesquels il est fourni.

Le TPICE a souligné la liberté accordée par le Protocole d'Amsterdam aux États membres pour l'attribution de services d'intérêt économique général dans le secteur de la radiodiffusion. Le tribunal en déduit qu'il n'est pas nécessaire de lancer un appel d'offres pour attribuer un mandat de service public lorsque l'État membre entend fournir ce service, notamment l'organisation d'un service public de radiodiffusion, lui-même ou par le biais d'un organisme public.

Le TPICE distingue deux niveaux dans la procédure d'examen visant à déterminer si le mandat est rempli par le service public de radiodiffusion :

- Tout d'abord, il faut considérer le respect des normes de qualité, car les exigences qualitatives au niveau national constituent la marque distinctive des services d'intérêt économique général dans le secteur de la radiodiffusion. Le TPICE considère qu'il n'y a aucune raison de maintenir un mode de financement public lorsque les organismes publics de radiodiffusion ne respectent aucune norme particulière et opèrent sur le marché comme de quelconques prestataires, tels des radiodiffuseurs commerciaux. En même temps, le tribunal souligne que le contrôle du respect des normes de qualité relève de la compétence des États membres. La Commission peut seulement vérifier si un contrôle indépendant est possible et, le cas échéant, faisable.
- Dans un tout autre registre se pose la question de savoir si les prestations inscrites dans le mandat sont toujours fournies telles qu'elles ont été définies et si le budget correspondant a été respecté. À cet égard, la Commission dispose de moyens de



contrôle : elle peut avoir recours à un rapport d'expertise effectué par des audits externes, dans la mesure où ils contiennent des informations « qui présentent un caractère pertinent pour l'évaluation des charges économiques et sociales aux fins d'apprécier la proportionnalité de l'aide d'État au sens visé par l'article 86, par. 2 du Traité CE ». Dans ce cas seulement, il est possible de procéder au contrôle systématique du rapport entre le budget et les prestations dans le cadre du mandat.

3.2. TV2 Danmark et autres c. Commission

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *TV2 Danmark* du 22 octobre 2008, le TPICE reconnaît la vaste marge de manœuvre des États membres. Il réaffirme que la légitimité de la définition de la mission de service public ne dépend pas du mode de financement (publicité, services payants, etc.). Parallèlement, le TPICE rejette clairement le principe selon lequel les médias de service public ne pourraient exister qu'en cas de défaillance du marché, la portée de ses activités étant limitée aux offres qui se distinguent de celles des radiodiffuseurs commerciaux. L'appréciation de la définition du mandat de service public au regard des dispositions en matière d'aide d'État ne saurait être déterminée, selon le TPICE, par l'existence ou non sur le marché d'offres commerciales similaires, ni par l'impact de l'offre de service public sur le marché⁴⁵.

3.3. Conséquences pour les décisions à venir

La jurisprudence la plus récente a mis l'accent, en particulier, sur la marge de manœuvre relativement grande dont disposent les États membres pour définir la mission de service public et déterminer les services d'intérêts économique général devant être assurés par les médias de service public. Il semblerait qu'on voie apparaître un écart avec la pratique de la Commission en matière de décision du fait que, manifestement, le TPICE relativise fortement l'importance de l'incidence des (nouvelles) offres sur le marché.

III. Révision de la Communication

La Commission estime qu'il est nécessaire de mettre à jour la définition de la mission de service public des organismes de radiodiffusion dans le nouvel environnement numérique des médias ; dans cette optique, elle travaille actuellement à la révision de la Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État de 2001.

Dans un premier temps, la Commission a lancé une consultation⁴⁶, puis elle a présenté la première version d'un projet de révision de la Communication actuelle⁴⁷ et organisé une consultation publique⁴⁸. Dernièrement, la Commission a publié la nouvelle version du projet de Communication⁴⁹ et entamé une nouvelle procédure de consultation. La Communication modifiée devrait être promulguée avant fin 2009. Les points retenant la plus grande attention portent, entre autres, sur les principes régissant la définition de la mission de service public, le contrôle des activités du service public dans les États membres et la question concernant l'extension de la marge de manœuvre des organismes publics de radiodiffusion pour répondre aux défis du nouveau paysage

médiatique. Le contenu du nouveau projet comporte quelques modifications par rapport à la conception précédente de la Commission. Elle souhaite réduire le caractère détaillé de certaines dispositions.

Les principaux points du projet actuel sont les suivants :

- Il appartient aux États membres, en tenant compte des spécificités de leur système et de la nécessité de préserver l'indépendance éditoriale⁵⁰ des organismes publics de radiodiffusion, d'opter pour le mécanisme le plus approprié pour concilier les services audiovisuels et les critères reconnus du Protocole d'Amsterdam.
- En ce qui concerne la définition de service public, le rôle de la Commission se limite à contrôler s'il y a ou non erreur manifeste⁵¹. La mission doit être définie aussi précisément que possible ; néanmoins, sur la base de la jurisprudence du TPICE dans l'affaire *SIC c. Commission* (voir plus haut), la Commission accepte également la mission qui consiste à proposer une programmation étendue et une offre équilibrée et variée⁵².
- Dans le premier projet, la diffusion de contenus audiovisuels sous forme de services linéaires par le biais de nouvelles plateformes de distribution et la fourniture de chaînes thématiques et de services de médias qui ne sont pas des « programmes » au sens habituel du terme (services d'information en ligne, services non linéaires et services à la demande) étaient subordonnées à l'absence « d'effets disproportionnés sur le marché qui ne sont pas nécessaires à l'exécution de la mission de service public »⁵³. Désormais, le projet estime qu'il n'y a pas lieu de considérer comme un service nouveau « la diffusion simultanée d'un contenu déjà disponible sur une plateforme de diffusion (télévision ou radio) sur de nouvelles plateformes (Internet, appareils mobiles). Les offres payantes peuvent exceptionnellement être considérées comme partie intégrante de la mission de service public pour autant qu'elles se distinguent clairement des offres commerciales. En revanche, la fourniture de « contenus premium » selon le principe de paiement à la séance⁵⁴ n'est pas considéré comme relevant de la mission de service public.
- D'une façon générale, il appartient aux États membres de déterminer, en tenant compte des caractéristiques et de l'évolution du marché de la radiodiffusion, ainsi que de la portée des services déjà proposés par l'organisme public de radiodiffusion, ce qu'il y a lieu d'entendre par « service nouveau important ». Le caractère « novateur » d'une activité peut dépendre, entre autres, de son contenu ou de ses modalités de consommation.
- Il est nécessaire que les États membres procèdent au contrôle des nouveaux services, en instaurant une consultation des parties concernées et la publication du résultat dûment motivé. Dans l'ancien projet, ce contrôle « devait » être effectué par un organe externe indépendant de la direction de l'organisme public de radiodiffusion ; néanmoins, une instance interne au radiodiffuseur pouvait, à titre exceptionnel, être chargée de la procédure de contrôle⁵⁵. La formulation du nouveau projet assouplit les exigences en matière de contrôle en les modulant : il n'est plus



question d'organe externe, mais d'un organe « qui soit effectivement indépendant du gestionnaire de l'organisme public de radiodiffusion (aussi en ce qui concerne la nomination et la révocation de ses membres) et qui soit doté de capacités et de ressources suffisantes pour remplir ses fonctions. Les États membres pourront élaborer une procédure proportionnée à la taille du marché et à la position sur le marché de l'organisme public de radiodiffusion »⁵⁶.

Le projet de Communication reconnaît que les États membres doivent avoir une liberté d'action suffisante pour permettre aux organismes publics de radiodiffusion de répondre efficacement aux défis de la société moderne de l'Internet (point 52). La prescription d'un « test de l'intérêt général d'un service » est une nouveauté importante. Ce test permet de vérifier sur une base approfondie si un nouveau service fait ou non partie intégrante de la mission de service public, s'il provoque ou non une distorsion de la concurrence et s'il bloque ou non l'accès au marché.

IV. Conclusion

La définition d'une mission conciliant de façon cohérente culture et marché pour les médias de service public est une tâche complexe pour tous les acteurs. La nouvelle version de la Communication sur la radiodiffusion ne permettra sans doute pas d'éviter totalement les décisions de justice rendues au cas par cas à l'échelle européenne, en particulier si l'on considère les nombreuses requêtes auxquelles a donné lieu la promulgation de la Communication actuellement en vigueur. Les décisions des tribunaux européens dans les procédures, en cours ou à venir, à l'encontre des décisions de la Commission alimenteront régulièrement le débat. D'ores et déjà, on peut voir que la discussion portera essentiellement sur le rôle que doit jouer l'incidence des (nouvelles) offres des médias de service public sur la concurrence commerciale dans la définition de la mission de service public et les raisons justifiant la mise en place d'une procédure de contrôle *ex ante* pour pouvoir les intégrer dans le mandat.

- 1) CJCE, affaire 155/73, *Sacchi*, rec. 1974, 409.
- 2) Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres, JO CE 1997 n° C 340 du 10 novembre 1997, p. 109.
- 3) Décision du Conseil du 25 janvier 1999 concernant la radiodiffusion, JO CE 1999 n° C 30 du 5 février 1999, p. 1.
- 4) Résolution du Parlement européen du 25 septembre 2008 sur la concentration et le pluralisme dans les médias dans l'Union européenne, 2007/2253(INI), point 37.
- 5) Compte-rendu de la conférence disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/culture/europe/lille/ACTES-Lille.rtf>. Voir également le rapport de Neelie Kroes, *The way ahead for the Broadcasting Communication*, dans le cadre de la Conférence de Strasbourg des 17 et 18 juillet 2008, disponible sur : http://www.ebu.ch/CMSimages/en/BRUDOC_INFO_EN_440_tcm6-61500.pdf
- 6) JO CE 2001 n° C 320 du 15 novembre 2001, p. 5.
- 7) Comparer à titre d'exemple l'Allemagne dans l'étude en ligne d'ARD/ZDF de 2007, présentée par Birgit van Eimeren/Beate Frees, *Bewegtbildnutzung im Internet*, Media Perspektiven 2007, p. 362 et suivantes.
- 8) Selon cette étude réalisée par Motorola Connected Home Solutions Division, la France arrive en tête avec 59 % d'utilisateurs ; un résumé est disponible sur <http://www.itnews.com.au/News/51423,europe-switches-on-to-internet-tv.aspx>
- 9) Voir à ce sujet le rapport d'Alexander Roßnagel, *Die Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Medien*, à l'occasion du séminaire *Public Service Media in the Digital Age*, Strasbourg, 17 et 18 juillet 2008, disponible sur : http://www.ddm.gouv.fr/IMG/pdf/Strasbourg_Alexander_Rossganel_-_VALL.pdf
- 10) Décision de la Commission dans l'affaire E 3/2005 concernant l'Allemagne, K(2007)1761 finale, point 362 et suivants.
- 11) Voir à ce sujet la présentation de Susanne Nikoltchev « Le soutien européen au service public de radiodiffusion - Règles et normes du Conseil de l'Europe » dans Observatoire européen de l'audiovisuel (Hrsg.), *IRIS Spécial « La culture de service public de radiodiffusion »*, Strasbourg 2007. Plus récemment, outre les rapports proposés par IRIS Spécial, il convient de mentionner la Recommandation (2007) 16 du Comité des ministres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet et la Recommandation 1855 (2009) de l'Assemblée parlementaire sur la régulation des services de médias audiovisuels. La première établit qu'au regard de la diversité culturelle, entre autres, le développement d'une dimension culturelle dans la production de contenus numériques doit être renforcé, y compris par le biais des médias de service public. La deuxième recommandation demande une définition et une déclaration de la mission de service public pour les services de médias audiovisuels. Les principes fondamentaux du service public de radiodiffusion doivent être préservés, même dans un environnement en pleine mutation, et élargis pour offrir un service de médias audiovisuels global.
- 12) Le service public de radiodiffusion doit faire à part entière partie intégrante du concept de la culture visé à l'article 151 du Traité CE, puisque, d'une part, il joue un rôle décisif dans la diffusion de la culture, et, d'autre part, il est directement lié aux besoins culturels sociaux et démocratiques de la société et constitue, de ce fait, un composant de la vie culturelle des États membres ; Claudia Roider, *Perspektiven einer europäischen Rundfunkordnung*, Berlin 2001, p. 267.
- 13) Même dans le cadre de l'article 151 du Traité CE, on ne peut exclure des mesures d'harmonisation dans la mesure où la communauté s'appuie, à cet égard, sur d'autres titres de compétence, notamment de nature économique, qui lui sont conférés par le Traité. Les compétences de la communauté étant fondamentalement orientées sur l'établissement d'un marché commun, la distinction ne se fonde pas sur le domaine d'intervention, mais sur l'objectif poursuivi. Voir à ce sujet CJCE, affaire 293/83, *Gravier*, rec. 1985, 593, affaire C-380/03, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, rec. 2006, I-11573, note 36 et suivantes, et l'arrêt du 10 février 2009, C-301/06, *Irlande c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, note 56 et suivantes, disponibles sur : <http://www.curia.europa.eu>
- 14) CJCE, affaire 155/73, *Sacchi*, op. cit.
- 15) Voir TPICE, arrêt du 26 juin 2008, T-442/03, *SIC contre Commission*, disponible sur : <http://www.curia.europa.eu/>
- 16) Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général du 21 mars 2003, COM (2003) 270.
- 17) Anja Wichmann, *Inhalt und Bedeutung des Protokolls zum Amsterdamer Vertrag über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten*, Rostock 1999, p. 29.
- 18) Par ailleurs, la Charte des droits fondamentaux de l'UE sert de référence aux tribunaux européens et aux avocats généraux de la CJCE, voir

- Thorsten Kingreen, dans : Christian Calliess/Matthias Ruffert, *Kommentar des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/CEV*, 2^e édition, Neuwied und Kriftel 2002, art. 6 Traité UE, point 20 et suivantes.
- 19) Jörg Michael Voß, *Pluraler Rundfunk in Europa – ein duales System für Europa ?*, dans : Dieter Dörr/Udo Fink (éd.), *Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht*, vol. 33, Francfort s/Main 2008, p. 170.
- 20) Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden 2004, p. 377 et suivantes.
- 21) Voir détails chez Nikolaus Petersen, *Rundfunkfreiheit und CE-Vertrag*, Baden-Baden 1994, p. 189, 191 et suivantes; Dieter Dörr, *Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa*, Baden-Baden 1997, p. 11 et suivantes; Wulf Meinel, *Grenzen europäischer Rundfunkrechtsetzung*, Francfort s/Main 1993, p. 180 et suivantes; Alexander Roßnagel/Peter Strothmann, *Die duale Rundfunkordnung in Europa*, Vienne 2004, p. 200 et suivantes, Jörg Michael Voß, op. cit., p. 252 et suivantes.
- 22) L'UE envisage d'adhérer à la CEDH. Cela devrait renforcer l'importance de l'instrument développé par le Conseil de l'Europe en lien avec l'article 10 de la CEDH aux yeux des organes de l'EU.
- 23) Cette attribution ne doit pas être obligatoirement (intégralement) effectuée par le législateur, elle peut également avoir lieu dans le cadre d'une procédure échelonnée d'acte législatifs et de mandats établis par l'administration. Dans le cadre d'un mandat imprécis, la définition propre selon laquelle les organismes déterminent eux-mêmes l'étendue de leurs liens vis-à-vis du droit communautaire ne saurait être acceptée par la Commission en matière de réglementation des aides d'État, cf. Communication sur la radiodiffusion, op. cit., point 40. Voir également Karl-Eberhard Hain, op. cit., p. 7 et suivantes, p. 36.
- 24) Thorsten Held/Wolfgang Schulz, *Europarechtliche Beurteilung von Online-Angeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten*, Berlin 2004, p. 51 et suivantes.
- 25) Voir également Thomas Kleist/Alexander Scheuer, *Public service broadcasting and the European Union: From 'Amsterdam' to 'Altmark' – The discussion on EU state aid regulation*, dans : Christian Nissen (éd.), *Making a Difference – Public Service Broadcasting in the European Media Landscape*, 2006, p. 170 et suivantes.
- 26) C(2003) 4497, voir en particulier point 69 et suivants. Cette décision et les suivantes sont disponibles sur http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/#by_case_number
- 27) La loi ne se contente pas de définir la mission générale de service public de France Télévisions et des entités qui la composent, elle prescrit également l'établissement de services annexes de programmation dans le cadre des nouveaux services (cf. art. 43-11 de la Loi du 30 septembre 1986 dans sa version du 5-3-2009) ; le texte de loi est disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020352071&dateTexte=>. La loi prévoit par ailleurs que la mission assignée à chaque radiodiffuseur sera détaillée dans un cahier des charges. Les articles 19 et 23 du projet de nouveau cahier des charges de France Télévisions sont notamment consacrés aux nouveaux services. France Télévisions est autorisée, dans le cadre de sa mission de service public, à proposer des programmes sortant du cadre de la télévision classique et disponibles, par exemple, dans le cadre de services de télévision de rattrapage ou de vidéo à la demande. Le projet du 20 octobre 2008 est disponible sur : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/ccFranceTV.pdf>
- 28) N 37/2003 ; le postulat qui est à la base de cette considération compte parmi les positions de la Commission les plus vigoureusement contestées.
- 29) La *Royal Charter* a été assignée à la BBC le 19 septembre 2006 et elle est entrée en vigueur en 2007. Le texte est disponible sur : http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/regulatory_framework/charter_agreement/bbc_royal_charter.pdf
- 30) La décision est disponible sur : http://www.bbc.co.uk/bbctrust/assets/files/pdf/consult/local_video/decision.pdf
- 31) E 4/2005 (ex-NN 99/1999).
- 32) Voir en particulier sections 101 et suivantes et 114 et suivantes, disponible sur : <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2008/2908/b2908s.pdf>
Le projet n'a pas encore parcouru toutes les étapes de la procédure législative.
- 33) E 8/2006 (ex-CP 110/2004).
- 34) C(2004) 1814, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:085:0001:0021:FR:PDF> La Commission a également accepté que la mission de service public recouvre le soutien aux productions cinématographiques danoises.
- 35) Disponible en anglais sur : http://www.bibliotekogmedier.dk/fileadmin/user_upload/dokumenter/medier/radio_og_tv/landsdaekkende_regional/DR/public_service_dr/drpscontract_eng.pdf
- 36) Communiqué de presse de la Commission du 3 février 2004, IP/04/146.
- 37) C 2/2004 (ex-NN 170/2003).
- 38) *Wet van 29 december 2008 tot vaststelling van een nieuwe Mediawet* (Mediawet 2008), Staatsblad 2008, 583.
- 39) Dans la mesure où dans un système externe pluraliste, c'est-à-dire une situation de concurrence entre de nombreux opérateurs (privés), la diversité et l'équilibre de l'ensemble des programmes ne sont pas suffisamment garantis, en Allemagne les organismes publics de radiodiffusion ont pour mission de fournir aux citoyens un service de base essentiel constitué de programmes d'information, de culture et de divertissement et capable de couvrir la diversité des opinions et des sujets. Le terme de service universel ne désigne pas un service minimal, mais un service complet d'émissions d'information politique, culturelles et de divertissement qui caractérisent le profil actuel de la radiodiffusion. Le législateur est tenu par la Constitution de garantir les conditions requises d'ordre technique, organisationnel, personnel et financier pour que les radiodiffuseurs publics soient en mesure de fournir un service universel, voir BVerfGE 89, 144, 152 et suivants.
- 40) E 3/2005, op. cit.
- 41) Voir Georgios Gounalakis/Christoph Wege, *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis – Das Karlsruhe Gebührenteil* du 11. September 2007, NJW 2008, p. 800 et suivantes.
- 42) Le communiqué de presse est disponible sur : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/804&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>
- 43) Voir Thomas Kleist, *Die Umsetzung des EU-Kompromisses im 12. RundfunkänderungsStV*, dans : promedia 2/2008. Contrairement au test de « public-value », dans le test allemand en trois étapes, la décision finale concernant le résultat est prise par des instances internes aux organismes de radiodiffusion, conformément à l'article 11f, par. 4 12^e RStV portant modification du RStV. Ce sont les conseils de la radiodiffusion (*Rundfunkräte*), dont la composition est pluraliste, qui sont compétents en la matière (soit le « *Fernsehrat* » pour ZDF et le « *Hörfunkrat* » chez Deutschlandradio).
- 44) Les États membres sont même autorisés à soustraire ce type de services à la concurrence. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire T-442/03, *SIC c. Commission*, op. cit., le TPICE a accepté cet élément sans autre qualification, notamment dans le contexte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme des années 1990 concernant l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.
- 45) TPICE, affaires jointes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, disponibles sur <http://www.curia.europa.eu>, point 102, 113 et 109 et suivants, 123 ; voir également point 96.
- 46) Un résumé des réponses à la consultation est disponible en anglais sur : http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/comments_broadcasting/summary.pdf
- 47) Le projet de la Commission européenne du 4 novembre 2008 est disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/broadcasting_communication_fr.pdf
- 48) Les avis sont disponibles sur : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/reform.html
- 49) Le projet de la Commission du 8 avril 2009 est disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_broadcasting_review/broadcasting_review_fr.pdf
- 50) Le principe de l'indépendance rédactionnelle a été ajouté au nouveau projet, points 47 et 86.
- 51) Voir point 47 du premier projet, point 48 du nouveau projet : « Ce serait par exemple le cas d'activités de publicité, de commerce électronique, de téléachat, de parrainage ou de marchandisage. »
- 52) Voir point 50 du premier projet, point 47 du nouveau projet.
- 53) Voir point 51 du premier projet ; dans le nouveau projet (point 85) ce thème est abordé sous une forme différente (cf. ci-après).
- 54) Voir point 54 du premier projet, point 83 du nouveau projet.
- 55) Points 69 et 99 ; concernant les autres exigences, en particulier, voir point 62 du projet.
- 56) Point 81 du nouveau projet.