

Avoir ou ne pas avoir les règles du must-carry

Publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Quel contenu télévisuel souhaitons-nous: divertissant, informatif et éducatif – diversifié, pluraliste, européen et/ou national – digne de foi, intéressant et d'actualité? Il existe autant de qualificatifs propres à décrire le contenu télévisuel apprécié des téléspectateurs que de types de personnalité chez ces derniers. Pour autant, l'idée d'un contenu essentiel semble généralement admise: celui-ci se doit de présenter une grande pertinence pour les téléspectateurs, une base disponible pour tous et une importance liée à la satisfaction de l'intérêt général. Mais comment garantir la fourniture d'un tel contenu universel à l'ensemble des téléspectateurs?

L'une des méthodes consiste à veiller à ce que le système complexe édifié autour de la radiodiffusion aille dans le sens de l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle, notamment, le législateur considère la concentration des médias d'un œil critique, de peur que l'accumulation d'un pouvoir de contrôle des contenus aux mains d'une minorité puisse compromettre la possibilité, pour les téléspectateurs, de recevoir ce contenu télévisuel essentiel. C'est également ce qui explique que l'existence de conditions d'accès équitables et non discriminatoires aux médias représente une préoccupation majeure. L'intervention réglementaire destinée à promouvoir une concurrence équitable est précisément motivée par cette détermination à garantir la disponibilité d'un contenu essentiel.

L'obligation de distribution constitue l'un des moyens dont disposent les régulateurs désireux d'assurer à tout téléspectateur la jouissance d'un ensemble de contenus élémentaire. La mise en place de nouvelles plateformes de distribution du contenu télévisuel (principalement par câble) paraissait remettre en question cet objectif. On redoutait en effet que sans une intervention du législateur les nouveaux opérateurs de plateforme puissent soit refuser de distribuer certains programmes, soit se prévaloir de contrats d'exclusivité pour priver les distributeurs traditionnels d'un certain nombre de programmes. Dans un cas comme dans l'autre, le choix de plateforme des téléspectateurs serait devenu synonyme d'un choix de contenu, ce qui aurait sonné le glas de l'idée de contenu universel.

Dans sa Directive "service universel", le législateur communautaire propose l'obligation de distribution comme un outil destiné à sauvegarder une partie de ce contenu universel. Il autorise les Etats membres à conférer aux chaînes dont le contenu satisfait aux objectifs d'intérêt général le droit d'être distribuées sur l'ensemble des réseaux. Les bénéficiaires naturels de cette mesure sont les radiodiffuseurs qui s'acquittent d'une mission de service public. Le législateur américain, en revanche, a accordé le régime de l'obligation de distribution à l'intégralité des chaînes locales, indépendamment du type de contenu diffusé par celles-ci. La solution retenue par les Etats-Unis repose sur l'idée que la préservation d'un large éventail de radiodiffuseurs télévisuels consolide le socle démocratique du pays et favorise ainsi automatiquement les buts politiques que l'Europe s'efforce d'atteindre par la promotion directe d'un contenu spécifique.

La comparaison et l'analyse de ces deux approches différentes et de leur contexte historique représentent un premier pas décisif dans l'appréciation de l'obligation de distribution et des éventuelles justifications de son existence. L'étape suivante consiste à déterminer si le progrès technologique actuel rend obsolète l'obligation de distribution. La réponse à cette question constitue un défi majeur, en ce sens qu'elle impose de traiter d'un marché qui évolue rapidement et dont l'aspect technologique s'avère extrêmement complexe, ainsi que de trancher des questions d'ordre presque philosophique encore non résolues, telles que la définition du pluralisme et de l'intérêt général. Cependant, déterminer si l'obligation de distribution demeure ou non nécessaire soulève également un certain nombre de questions plus pratiques, comme les distorsions de la concurrence qui pourrait en résulter, la compatibilité et l'interopérabilité des réseaux et des services, le rôle de la réglementation de l'accès et des obligations d'offre, la mise à disposition du contenu, l'opposition entre une réglementation spécifique à un secteur et une réglementation horizontale, etc. Enfin, s'il y a lieu de conclure au maintien indispensable de l'obligation de distribution, une réflexion sur la conception de cette dernière s'impose dans un troisième temps.

Chacune de ces trois étapes a été abordée à l'occasion d'un atelier organisé conjointement par l'Observatoire européen de l'audiovisuel et l'Institut du droit de l'information (IViR) de l'Université d'Amsterdam le 9 avril 2005. Le présent numéro d'*IRIS Spécial*, intitulé *Avoir ou ne pas avoir – les règles du must-carry*, est le fruit de cet atelier. Il doit son existence à la remarquable discussion à laquelle se sont livrés ses participants sous la présidence de Nico van Eijk, ainsi qu'à la synthèse rédigée par les soins de ce dernier et de Sabina Gorini. Il témoigne de l'engagement et de la compétence de Thomas Roukens, Rob Frieden et Peggy Valcke, qui ont couché par écrit, en vue de cette publication, leurs interventions prononcées lors de l'atelier. Sabina Gorini et Mara Rossini ont rédigé le Glossaire destiné à en faciliter la lecture. Mara Rossini a mis au point, pour le compte de l'IViR, la version originale en anglais de ces textes, tandis que l'Observatoire a assuré la direction générale de la publication du présent ouvrage dans les trois langues.

La question de savoir si ce septième atelier commun devait "avoir ou ne pas avoir" lieu ne s'est pas même posée, car l'Observatoire a une fois de plus trouvé en l'IViR un partenaire extrêmement professionnel et enthousiaste pour la conception et l'organisation de cet événement. Nous adressons, comme par le passé, nos remerciements à Anja Dobbelsteen, responsable de la logistique de cet atelier, et à nos collègues de l'IViR, qui ont déployé de multiples efforts pour en assurer le succès. Nous remercions également pour leur contribution les correcteurs d'épreuves Danilo Leonardi, Britta Probol et Florence Lapérou, les traducteurs, ainsi que les membres de notre propre équipe de l'Observatoire, Francisco Cabrera et Michelle Ganter.

Strasbourg, octobre 2005

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du département Informations juridiques

Avoir ou ne pas avoir
les règles du must-carry

TABLE DES MATIÈRES

Atelier sur les obligations de distribution (<i>must-carry</i>) <i>Résumé de la discussion</i>	1
Que distribue-t-on aujourd’hui à travers l’UE ? <i>Observations sur l’interprétation et la mise en œuvre pratique de l’article 31 de la Directive “service universel”</i>	7
Les obligations de distribution (<i>must-carry</i>) en modes analogique et numérique des opérateurs de télévision par câble et par satellite aux Etats-Unis	23
L’avenir de la notion d’obligation de distribution <i>De l’obligation de distribution à la notion de service universel dans le secteur des “infocommunications”</i>	31
Glossaire	45
Liste des participants	53

Atelier sur les obligations de distribution (*must-carry*)

Résumé de la discussion

Sabina Gorini, Nico van Eijk

Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

Introduction

Le 9 avril 2005, l'Institut du droit de l'information de l'Université d'Amsterdam (IViR) et l'Observatoire européen de l'audiovisuel ont organisé à Amsterdam un atelier commun sur le thème des obligations "de distribution" (telles que l'obligation de transmettre des programmes particuliers sur les réseaux de la télévision par câble). L'objet de cet atelier était de se livrer à une analyse critique de la législation actuelle en matière de distribution en Europe et aux Etats-Unis, ainsi que d'engager une discussion sur l'avenir possible de cette notion dans le contexte de l'évolution du marché et des technologies. Trois exposés ont été présentés au cours de l'atelier, chacun d'eux ayant été suivi par un tour de table complet. La première intervention, menée par Thomas Roukens, portait sur la situation en Europe, avec une analyse détaillée de l'article 31 de la Directive "service universel"¹, de ses incidences et de ses effets, ainsi qu'un aperçu des obligations de distribution en vigueur dans les différents Etats membres européens (une attention particulière a été accordée aux préoccupations des câblo-opérateurs). Le deuxième exposé (Rob Frieden) a rendu compte des obligations de distribution imposées à l'heure actuelle aux Etats-Unis aux opérateurs du câble et du satellite, tant sur le plan de l'analogique que sur celui du numérique. Enfin, la troisième oratrice, Peggy Valcke, a traité la question de l'avenir de l'obligation de distribution, en identifiant un certain nombre de vides juridiques dans les régimes actuels de la distribution et en proposant un modèle d'interprétation des obligations de distribution à l'ère du numérique. Ces exposés sont publiés tous les trois dans cet IRIS Spécial. Cette partie du document contient un résumé des principaux raisonnements formulés à l'occasion des tours de table. Nous avons à cette fin privilégié une conception thématique (au lieu d'une synthèse chronologique).

Une grande partie de la discussion s'est concentrée sur la question essentielle suivante: en quoi consistent aujourd'hui les objectifs et la justification véritables des obligations de distribution et l'existence de ces règles s'avère-t-elle nécessaire dans le paysage audiovisuel actuel? Les points de vue exprimés ont révélé une opposition marquée entre des participants extrêmement critiques à l'égard desdites obligations et d'autres pour qui elles avaient encore un rôle important à jouer.

I. Les obligations de distribution sont-elles dépourvues de justification?

Les détracteurs des obligations de distribution ont examiné la question du point de vue économique, en soutenant que ces règles entraînaient essentiellement une distorsion de la concurrence et ne se justifiaient plus dans l'environnement numérique. De fait, selon ces participants, si l'on laissait aujourd'hui le marché évoluer par lui-même, il ne présenterait pas les défaillances auxquelles les

1) Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (Directive "service universel") Journal officiel n° L 108 du 24/04/2002 p. 51 – 77.

obligations de distribution étaient censées remédier. D'une part, la technologie numérique a entraîné un surcroît de capacité qui permet d'offrir à toute personne qui le souhaite un accès aux réseaux. On peut estimer, d'autre part, que les chaînes de la radiodiffusion de service public et, en général, les chaînes qui bénéficient actuellement de l'obligation de distribution seraient, quoi qu'il arrive, transmises à la fois sur les plateformes traditionnelles et sur les nouvelles plateformes, compte tenu de leur popularité auprès du public et des besoins de l'ensemble des opérateurs de réseaux en contenu attractif. Il a également été avancé que la prolifération de nouvelles chaînes, comme les chaînes thématiques, historiques ou éducatives, permet désormais au marché de satisfaire l'intérêt du public grâce à un contenu (tant sur le plan des types de contenu que du point de vue de sa diversité) qui était autrefois fourni par les radiodiffuseurs de service public; l'objectif de politique publique consistant à imposer une obligation de distribution au profit de ces derniers ne se justifie donc plus. En poussant ce raisonnement plus loin, certains participants ont estimé que les règles de l'obligation de distribution servaient à protéger des radiodiffuseurs établis, hérités du passé, de la concurrence croissante des nouveaux systèmes de fourniture de programmes, ainsi qu'à étendre leur position monopolistique aux plateformes issues des nouvelles technologies. Selon eux, les règles de l'obligation de distribution ne sont qu'un moyen d'assurer un statut privilégié à un puissant groupe de pression (celui des radiodiffuseurs de service public), tout en plaçant dans une situation désavantageuse de nouvelles chaînes concurrentes de qualité, qui pourraient tout aussi bien fournir le même contenu.

II. Une réglementation non spécifique au secteur devrait suffire

Dans la droite ligne de ce raisonnement, des participants ont estimé que les obligations de distribution n'avaient aujourd'hui aucune raison d'être, puisque d'autres outils réglementaires existants permettaient de résoudre (dans une large mesure, voire totalement) les problèmes en question. Selon ce point de vue, le droit de la concurrence et le régime d'accès général prévus par le cadre réglementaire européen du secteur des communications électroniques seraient parfaitement à même de préserver le pluralisme et d'autres objectifs d'intérêt général. L'idée consiste à résoudre le problème pour l'essentiel grâce à la réglementation en matière d'accès, tout en disposant en outre d'une forme de réglementation relative au contenu destinée à trancher les cas particulièrement complexes, au lieu que la régulation des contenus qui s'effectue au moyen de l'obligation de distribution ne régit dans une large mesure les questions d'accès. A cet égard, les participants ont toutefois fait observer que le rôle de la réglementation en matière d'accès ne pouvait pas être jugé équivalent à celui de l'obligation de distribution, puisque la première ne s'applique qu'en cas d'estimation d'une puissance significative sur le marché, tandis que la dernière s'applique indépendamment de cette évaluation.

III. Les arguments en faveur de la réglementation relative à l'obligation de distribution demeurent valables

A l'opposé des critiques adressées ci-dessus aux obligations de distribution, de nombreux participants ont défendu l'existence de ces règles et ont affirmé qu'elles étaient toujours aussi nécessaires dans le marché actuel. Ils estimaient que le droit de la concurrence était incapable de tout résoudre et que les seules forces du marché ne suffiraient pas aujourd'hui à assurer l'accès de chacun aux réseaux, alors que les défaillances du marché n'avaient pas disparu. De fait, si les principaux radiodiffuseurs de service public (et aux Etats-Unis les radiodiffuseurs affiliés aux réseaux) continueraient probablement à être retransmis par les opérateurs de réseaux même en l'absence d'obligation de distribution, tel ne serait pas le cas des chaînes plus modestes affichant une audience inférieure (par exemple les chaînes locales ou certains nouveaux services des radiodiffuseurs de service public, comme BBC3 et BBC4), qui jouent pourtant un rôle important en assurant la diversité du contenu et en offrant un moyen d'expression à divers groupes de la société. Certains participants redoutaient également que les radiodiffuseurs de service public, qui pourraient être retransmis aujourd'hui sur diverses plateformes sous l'action des forces classiques du marché, ne le soient plus à l'avenir (notamment au vu de la fragmentation croissante des plateformes). Dans cette perspective, d'aucuns considéraient que l'intervention des décideurs politiques demeurait nécessaire, au moyen de l'imposition d'une obligation réglementaire de distribution (sous une forme toutefois modernisée), en vue de sauvegarder le pluralisme et la liberté d'expression, ainsi que pour garantir la fourniture d'un contenu de qualité qui ne serait pas autrement mis à la disposition du consommateur.

IV. Un droit d'accès

Il a également été indiqué qu'au lieu de l'obligation de distribution traditionnelle (c'est-à-dire l'obligation imposée à un fournisseur de réseau de diffuser une chaîne spécifique), ces objectifs

d'intérêt général pourraient être mieux protégés par une autre notion qui jouxte désormais celle de l'obligation de distribution dans certaines législations nationales : la notion de droit d'accès. Il s'agit de l'obligation faite aux fournisseurs de réseau de réserver un certain pourcentage de leur capacité à l'accès des programmeurs indépendants. L'Italie en offre un exemple : selon la législation nationale relative aux autorisations de radiodiffusion pour l'utilisation de fréquences limitées, l'accès de la télévision terrestre aux fréquences est accordé sous réserve qu'un opérateur propriétaire de deux licences de radiodiffusion ou plus réserve 40 % de sa capacité aux fournisseurs de contenus indépendants (la règle de la négociation de bonne foi s'applique alors). Cette disposition assure ainsi aux groupes minoritaires un accès aux médias, représentant un aspect fondamental de la société démocratique. Face à ce point de vue, certains participants ont toutefois fait observer que, si le cadre réglementaire européen des communications autorisait les Etats membres à imposer à la télévision terrestre certaines conditions pour l'utilisation des fréquences limitées, cela ne valait pas pour les réseaux filaires (tels que le câble) qui faisaient en général l'objet du débat sur les obligations de distribution. L'un des participants était par ailleurs en désaccord complet avec l'idée qu'une intervention réglementaire s'avérerait nécessaire dans l'environnement numérique pour assurer l'accès des minorités aux réseaux ; il estimait en effet que les nouvelles technologies le permettaient déjà et que, si un sous-ensemble particulier de personnes ne parvenait pas à obtenir un accès à une plateforme, il lui suffisait d'en utiliser une autre (cet argument ne paraissait toutefois pas valable aux yeux de certains participants aussi longtemps que le degré de pénétration des différentes plateformes présenterait d'importantes différences).

V. Disponibilité de certains contenus

Parmi tous ces arguments, certains participants ont observé que la réglementation relative aux obligations de distribution, tout particulièrement en Europe, l'article 31 de la Directive "service universel", ne concernaient en rien l'accès au réseau, mais visaient à garantir la mise à disposition universelle de certains contenus. Le cœur de la question consiste ainsi à déterminer s'il convient que les pouvoirs publics se posent en garants de la disponibilité de certains contenus considérés par la société comme présentant un intérêt général au profit de tous les téléspectateurs et si ceux-ci sont, de ce fait, associés au rôle de la radiodiffusion de service public. Les divergences d'opinion ont perduré à l'examen du problème sous cet angle. D'une part, certains ont estimé qu'il n'appartenait pas aux pouvoirs publics de déterminer le type de contenu fourni aux téléspectateurs et qu'il valait mieux supprimer les radiodiffuseurs de service public plutôt qu'étendre leurs services et leur portée, car ils n'avaient plus leur place à l'ère du numérique. Selon ce point de vue, les radiodiffuseurs de service public ne représentent plus que des créatures obsolètes qui luttent pour leur survie institutionnelle. D'autre part, de nombreux participants ont reconnu la valeur constante de la radiodiffusion de service public et ont considéré que sa présence s'avérerait encore nécessaire pour combler les vides actuels du marché. Selon eux, les gouvernements devraient effectivement estimer qu'il est de leur devoir de garantir la fourniture de certains contenus par le biais de la radiodiffusion de service public, puis de veiller à ce qu'ils soient universellement disponibles grâce à la réglementation relative aux obligations de radiodiffusion applicable au stade de la transmission. Les participants se sont toutefois relativement accordés sur l'idée qu'il ne convenait pas nécessairement de faire entrer dans l'ère du numérique les radiodiffuseurs de service public en tant qu'institutions, mais plutôt sous la forme de la notion de radiodiffusion de service public, c'est-à-dire la fourniture d'un contenu dont la qualité est reconnue par la société et que le marché négligerait de fournir (en somme, conserver les services plutôt que les institutions). A cet égard, il a été avancé que les Etats pourraient à l'avenir envisager l'application plus large, neutre du point de vue technologique, des obligations de programmation, plutôt que de les réserver à des chaînes terrestres essentiellement publiques, ce qui aiderait alors à rompre le lien qui existe à l'heure actuelle dans de nombreux pays européens entre l'obligation de distribution et des radiodiffuseurs établis, hérités du passé (cette idée fait à l'heure actuelle l'objet d'un débat dans certains pays d'Europe, a-t-on fait remarquer).

Outre la question centrale de l'opportunité de l'existence des obligations de distribution, une partie de la discussion a consisté à analyser la meilleure manière de structurer ces obligations et, plus précisément, à définir les chaînes qui devraient en bénéficier et les opérateurs auxquels il conviendrait de les imposer.

VI. Le modèle des Etats-Unis

S'agissant des bénéficiaires de l'obligation de distribution, les exposés ont fait apparaître deux modèles distincts. D'une part, la conception européenne exprimée par l'article 31 de la Directive "service universel", où le bénéfice de l'obligation de radiodiffusion est accordé à des chaînes précises,

au motif que le contenu de celles-ci satisfait à un certain nombre d'objectifs d'intérêt général (pluralisme, diversité culturelle, langue nationale). D'autre part, le modèle américain, qui accorde l'obligation de distribution à tous les radiodiffuseurs de télévision locale, indépendamment de leur nature et du type de contenu qu'ils diffusent. L'obligation de radiodiffusion est ici conçue comme une réglementation neutre du point de vue du contenu, destinée à préserver la viabilité économique des radiodiffuseurs télévisuels dans leur ensemble, au nom du rôle important qui leur est reconnu dans la promotion du débat démocratique dans le pays (aux Etats-Unis, l'obligation de distribution est, notamment, structurée autour de l'obligation de réserver un certain pourcentage de la capacité des canaux aux signaux de la télévision locale). Les avis étaient partagés sur les mérites de ces deux systèmes. Certains participants jugeaient le modèle américain extrêmement irrationnel et estimaient qu'il serait plus judicieux d'accorder le bénéfice de l'obligation de distribution aux chaînes effectivement considérées comme fournissant un contenu pertinent pour la société, dans l'esprit du modèle européen. Cet argument reposait sur le fait que, dans le système américain, les premiers bénéficiaires de l'obligation de distribution sont en réalité les chaînes qui contribuent le moins au pluralisme et à l'éducation, telles que les chaînes locales de téléachat, ce qui est pour le moins paradoxal (car ce sont là précisément les chaînes qui ne seraient pas retransmises par les forces normales du marché). L'existence de ces chaînes entraîne l'accumulation d'un surcroît de contenu contraignant issu des réseaux. Dans cette perspective, il a également été avancé que les obligations de distribution américaines étaient en fait façonnées par des considérations politiques : les radiodiffuseurs locaux peuvent exercer aux Etats-Unis une influence importante sur l'électorat ; aussi ont-ils usé du pouvoir qu'ils détenaient pour obtenir un statut préférentiel.

D'autre part, d'aucuns ont estimé que le système consistant à réserver une certaine capacité du réseau à l'ensemble des chaînes hertziennes locales et le principe selon lequel la retransmission d'une chaîne entraîne la retransmission de toutes les autres "*Carry one, carry all*", en vigueur aux Etats-Unis, ne représentaient pas un choix totalement irrationnel du point de vue des décideurs politiques. De fait, les obligations de distribution fondées sur des critères de contenu ont l'inconvénient d'obliger l'Etat à déterminer l'importance ou non d'un contenu pour le public. Or l'Etat ne devrait pas, dans une véritable démocratie, être à même de prendre cette décision. On pourrait tenter d'imaginer des critères permettant de classer les chaînes en fonction de leur contenu (par exemple, les chaînes d'information pourraient présenter une valeur supérieure aux autres), mais cette évaluation s'avère extrêmement délicate et conduit en définitive l'Etat à indiquer aux citoyens ce qu'il convient de regarder et d'écouter, alors que le décideur politique devrait précisément éviter de porter ce type de jugement. Contrairement à la règle européenne classique en matière d'obligation de distribution, le principe américain consistant à réserver une certaine capacité aux chaînes locales est de ce fait plus respectueux de la démocratie. La solution idéale serait probablement de combiner le principe de la négociation de bonne foi avec un ensemble de règles applicables à l'accès (en terme de tarification de l'accès, etc.), afin de garantir un accès réservé aux chaînes minoritaires (au regard de leur taux d'audience) sans imposer un modèle particulier de programmes aux téléspectateurs.

VII. Une approche neutre du point de vue technologique

En réfléchissant à la portée de l'obligation de distribution, les participants ont également examiné la question des réseaux auxquels cette obligation devait s'appliquer. Ils ont fait observer qu'en Europe, lors de l'élaboration du nouveau cadre des communications, l'intention initiale était de restreindre l'application de l'obligation de distribution et de la limiter, dans sa conception traditionnelle, au seul câble ; mais l'introduction ultérieure de la notion de neutralité technologique par l'article 31 de la Directive "service universel" permettait désormais d'étendre son application à l'ensemble des réseaux (sous réserve de l'existence "d'un nombre significatif d'utilisateurs finaux"). Certains participants jugeaient dangereux de recourir à la notion de neutralité technologique, comme cela avait été le cas en l'espèce, pour étendre sans contrôle la réglementation traditionnelle et étaient opposés à l'application de l'obligation de distribution aux nouvelles plateformes. D'autres, à l'inverse, considéraient que, dans la mesure où les règles relatives à l'obligation de distribution visent à garantir la mise à disposition universelle de certains contenus, tous les réseaux de communications électroniques devraient être soumis au même type d'obligation de distribution. De fait, ils soutenaient que les téléspectateurs s'abonneraient généralement à une seule plateforme (câble, satellite, télévision numérique terrestre, etc.) et que le contenu soumis à l'obligation de distribution devrait en conséquence être disponible sur l'ensemble de ces plateformes. Dans cet esprit, il a été proposé d'imposer, à l'intégralité des opérateurs du marché des émissions de radiodiffusion, de retransmettre une offre basique de programmes soumis à distribution ; les opérateurs de tous les modes de transmission pourraient ainsi, pour peu qu'il s'agisse d'un ensemble limité de chaînes, constituer un modèle commercial viable en incorporant ce dernier. Selon un autre participant, il convenait d'inclure, dans une certaine mesure et au moyen de l'obligation de distribution, des programmes de service public

dans chaque plateforme de distribution mise en place, afin que certains groupes cibles, tels que les jeunes, qui ne seraient pas immédiatement intéressés par ces contenus, conservent la possibilité de les découvrir et d'être en contact avec des sujets importants pour leur épanouissement personnel (le risque étant que, si aucune obligation de distribution ne leur était imposée, il est probable que les nouvelles plateformes destinées à des groupes cibles spécifiques ne retransmettraient pas ces contenus).

VIII. Applicabilité aux fournisseurs de services et aux installations auxiliaires

Un autre point abordé au cours de la discussion concerne l'exclusion des fournisseurs de services du champ d'application de l'article 31 de la Directive "service universel" et l'application, en parallèle, des obligations de distribution aussi bien aux fournisseurs de services qu'aux fournisseurs de réseaux dans un certain nombre de pays européens. Certains participants considéraient cette situation comme une grave lacune de la législation européenne en matière d'obligation de distribution, susceptible d'engendrer un certain nombre de distorsions. Il a également été indiqué qu'imposer une obligation de distribution aux fournisseurs de services n'avait en effet aucun sens. De fait, cela aboutit à cette situation contradictoire où des fournisseurs de service, qui ne fournissent pourtant pas de transmission, supportent le coût de la transmission des radiodiffuseurs de service public. Les participants ont également réfléchi à la question connexe de l'opportunité de l'application de l'obligation de distribution aux installations auxiliaires (telles que les guides électroniques de programme). A cet égard, d'aucuns ont soutenu que cette obligation devait s'appliquer uniquement aux installations de transmission et non aux installations auxiliaires (qui relèvent du régime de l'accès), au motif que, alors que la capacité de transmission peut dans certains cas constituer une ressource limitée, les installations auxiliaires ne le sont pas et s'avèrent, de ce fait, accessibles en principe à tous, sans porter préjudice à autrui. En réaction à ce point de vue, d'autres participants ont souligné que, si les installations auxiliaires sortaient peut-être du champ d'application des obligations de retransmission, elles n'en représentaient pas moins un problème extrêmement important auquel il convenait de se confronter en examinant la question dans son ensemble.

IX. L'obligation d'offre

Enfin, la discussion a également porté sur la notion d'obligation d'offre imposée aux fournisseurs de contenu (c'est-à-dire l'obligation faite aux radiodiffuseurs de mettre leurs chaînes à la disposition des opérateurs de réseaux qui souhaitent les transmettre), qui représente le revers de la médaille de l'obligation de distribution. Les participants ont massivement convenu que l'introduction d'obligations d'offre s'avérait souhaitable; dans le paysage audiovisuel actuel en effet, la difficulté réside davantage dans la recherche, par les opérateurs de réseaux traditionnels et nouveaux, d'une possibilité assurée de transmettre un contenu attractif, que dans la quête, par les fournisseurs de contenu, de canaux de distribution. Ceci est démontré par le fait que, dans certains pays, les opérateurs de réseaux demandent à être soumis aux obligations de distribution, car ils y voient le moyen de s'assurer un accès aux chaînes qui en bénéficient et qu'ils jugent essentielles au succès de leur offre (l'exemple français de Canal+, suppliant qu'on le soumette à une obligation de distribution afin d'avoir accès à France 2 et France 3, a ainsi été cité). L'adoption de règles relatives à une obligation d'offre serait par ailleurs souhaitable au vu des récentes tentatives, faites par les opérateurs, de mettre en place des plateformes en vue de conclure des contrats de distribution exclusive avec les radiodiffuseurs de service public et certaines chaînes commerciales bien établies (le problème s'est présenté, par exemple, en Italie avec les réseaux mobiles). Dans cette perspective, certains participants ont soutenu l'idée qu'il convenait d'introduire des obligations d'offre parallèlement aux obligations de distribution, afin de les dupliquer (c'est-à-dire de faire en sorte que les radiodiffuseurs qui bénéficient du régime de distribution soient tout autant soumis à l'obligation d'offre). D'autres participants, à l'inverse, proposaient plutôt de *substituer* les obligations d'offre aux obligations de distribution, considérant que cette mesure serait un meilleur moyen d'assurer la promotion de radiodiffuseurs bien établis (tout particulièrement ceux du service public) à l'ère du numérique.

Que distribue-t-on aujourd'hui à travers l'UE ?

Observations sur l'interprétation et la mise en œuvre pratique de l'article 31 de la Directive "service universel"

Thomas Roukens¹
Telenet

Introduction

L'histoire de l'obligation de distribution ne saurait être qualifiée de constante. Bien qu'elle n'ait jamais vraiment suscité un débat houleux dans les hautes sphères politiques de l'UE – pas même lors de l'adoption de la Directive "service universel"² – cette obligation demeure un sujet de controverse entre les diverses parties concernées, à savoir les téléspectateurs, les radiodiffuseurs, les opérateurs de réseaux de télévision, les responsables politiques et la Commission européenne.

L'obligation de distribution n'a vu le jour qu'avec l'apparition des réseaux câblés³, qui ont essentiellement été introduits pour les raisons suivantes: le souci esthétique de bannir les antennes paraboliques du sommet des toits; le désir d'offrir au public un plus grand choix de programmes radiodiffusés, car les radiodiffuseurs étrangers n'avaient pas accès aux réseaux terrestres; et, plus récemment, la volonté de mettre en concurrence les opérateurs des réseaux télécoms en place.

Il est difficile de retracer l'origine de l'obligation de distribution, mais il est clair que son introduction fragmentaire à travers l'UE fut motivée par la crainte des responsables politiques qu'en l'absence d'une telle obligation, les réseaux câblés ne distribuent pas les programmes des radiodiffuseurs nationaux de service public financés par le grand public. Ils jugèrent en conséquence indispensable de garantir que ces programmes soient disponibles pour tous ceux qui, en définitive, en assureraient le financement.

Le premier chapitre du présent article procédera à une brève analyse des divers textes (juridiques) produits à l'échelon européen; elle sera suivie, dans un deuxième chapitre, d'un aperçu de la manière dont ces textes ont été ensuite transposés, pour autant qu'ils l'aient été, en droit national. La question du droit d'auteur et des droits voisins, éminemment liée à l'obligation de distribution, sera examinée

1) Thomas Roukens exerce depuis 2004 la fonction de directeur des questions réglementaires au sein du câblo-opérateur belge Telenet, après avoir occupé, de 2000 à 2004, le poste d'administrateur des questions réglementaires auprès de la *European Cable Communications Association* (ECCA). Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que son auteur et ne sauraient être considérées comme l'expression du point de vue de Telenet ou de l'ECCA. Son contenu se fonde sur un exposé présenté par l'auteur le 9 avril 2005 à Amsterdam, à l'occasion d'un atelier sur les obligations de distribution organisé conjointement par l'Institut du droit de l'information de l'Université d'Amsterdam (IViR) et l'Observatoire européen de l'audiovisuel.

2) Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (Directive "service universel"), JO 2002 L 108/51. Cette directive fait partie de ce que l'on appelle le nouveau cadre réglementaire des réseaux et services de communications électroniques, dont la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil des ministres ont débattu entre 2000 et 2002.

3) Le terme réseaux câblés est ici employé dans son acception spécifiquement technologique, par opposition aux réseaux RTPC ou aux réseaux terrestres. Les réseaux câblés consistent traditionnellement en des câbles coaxiaux introduits dans divers bagues ou anneaux. Ils se composent généralement de trois anneaux: un premier anneau où se situe la tête de réseau, un deuxième anneau auquel sont rattachées les plateformes locales et auquel les ménages câblés sont à leur tour connectés, formant ainsi un troisième anneau. Cette architecture de réseau était jugée idéale aux fins de radiodiffusion linéaire.

dans un troisième chapitre. Enfin, quelques remarques et points de vue généraux sur l'évolution possible des obligations de distribution au cours des prochaines années concluront cet article.

I. L'obligation de distribution à l'échelon européen

1. Les travaux préparatoires

Jusqu'en 1999, la notion d'obligation de distribution ne figurait dans aucun document des institutions européennes. Cette année-là, la Commission européenne initia un réexamen de la législation européenne relative à la libéralisation des télécoms, qui avait débouché sur l'ouverture des marchés nationaux des télécoms tout au long des années quatre-vingt-dix, et la notion d'obligation de distribution fut l'une des questions abordées lors de ce réexamen du cadre des communications⁴.

A cause de la convergence des technologies, la nécessité d'une conception plus neutre du point de vue technologique de la réglementation du secteur des télécommunications parut indispensable. L'emploi d'une terminologie neutre du point de vue technologique pour désigner les entités relevant du champ d'application du nouveau cadre réglementaire, à savoir les réseaux et services de communications *électroniques*, au lieu du terme autrefois utilisé de réseaux et services de *télécommunications*, illustre cette évolution.

Avec ce nouvel objectif, les câblo-opérateurs virent l'occasion de demander⁵ l'examen de la question de l'obligation de distribution dans la deuxième étape de libéralisation du secteur européen des télécoms. Il s'agissait en l'occurrence de renforcer la transparence, d'accroître l'harmonisation et d'introduire la notion de proportionnalité dans ce domaine. Cette dernière prit davantage d'ampleur avec la proposition initiale de la Directive "service universel"⁶, qui imposait la rémunération des entreprises soumises à l'obligation de distribution.

L'obligation de distribution prévue à l'alinéa 1 de l'article 26 (devenu ensuite l'article 31) de la proposition de la Commission était cependant expressément limitée dans le temps. Cette disposition reflétait la conviction que la législation relative à l'obligation de distribution deviendrait obsolète. On supposait en effet que, dans un environnement numérique, les réseaux de communications électroniques offrirait à moyen terme un choix plus large encore de chaînes de télévision et que cette situation, associée à la concurrence accrue que l'on prévoyait entre les opérateurs de réseaux (plateformes), devait considérablement réduire le besoin d'une législation relative à l'obligation de distribution.

Quels sont les radiodiffuseurs susceptibles de bénéficier du "régime de l'obligation de distribution"⁷? Le document de travail⁸ utilisé pour l'élaboration de la proposition de Directive "service universel" précitée de la Commission évoque directement "l'accomplissement d'une mission de radiodiffusion de service public telle que l'attribue, la définit et l'organise la législation nationale pertinente", qu'il considère comme une condition préalable indispensable à l'obtention d'un régime d'obligation de distribution. Le Point 26 de ce même document de travail va jusqu'à souligner que la législation des Etats membres en matière d'obligation de distribution "n'impose pas la transmission, par les opérateurs de réseaux de télévision par câble, des chaînes hertziennes qui ne sont pas astreintes à cette mission de radiodiffusion de service public". Bien que la référence aux radiodiffuseurs qui ne demanderaient pas à bénéficier du régime d'obligation de distribution puisse sembler superflue du point de vue

4) Communication de la Commission européenne – Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés, COM (1999) 539.

5) Il est probable qu'un certain nombre de plaintes au sujet de l'incompatibilité des législations nationales en matière d'obligation de distribution avec les principes de libre circulation consacrés par le Traité CE contribuèrent également à persuader la Commission d'aborder cette question dans son réexamen du cadre des communications de 1999. Ces plaintes furent déposées au cours de la deuxième moitié des années quatre-vingt-dix par plusieurs câblo-opérateurs à l'encontre de la législation nationale en matière d'obligation de distribution en Belgique (Flandre), en Allemagne, au Pays-Bas et en Suède. A ma connaissance, seule la première plainte a abouti à une action concrète de la Commission et finalement à une modification du décret d'application.

6) Article 26 §2 de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, COM (2000) 392 final.

7) Le terme "régime d'obligation de distribution" se réfère aux radiodiffuseurs que les câblo-opérateurs sont tenus de distribuer en vertu de la législation applicable en matière d'obligation de distribution.

8) Document de travail de la DG Société de l'information concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, 27 avril 2000.

juridique, la position “politique” de la Commission sur ce point était claire: l’application de la législation nationale en matière d’obligation de distribution devait se limiter aux “radiodiffuseurs de service public”. Mais il restait encore à engager le débat politique sur l’adoption de cette proposition.

La procédure de codécision, qui s’acheva par un accord général entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil le 12 décembre 2001 sur un cadre réglementaire entièrement nouveau, aboutit à une disposition relative à l’obligation de distribution profondément remaniée par rapport à la proposition initiale. L’obligation de rémunérer les entreprises soumises aux obligations de distribution fut remplacée par la possibilité, pour les Etats membres, de prévoir un mécanisme de rémunération⁹. Parallèlement, la nécessité de limiter dans le temps l’application de la législation relative à l’obligation de distribution fut remplacée par une obligation pour les Etats membres de réexaminer périodiquement leur législation en la matière. En outre, et surtout, l’objectif de restriction du champ d’application de ces dispositions aux radiodiffuseurs accomplissant une mission de service public fut abandonné. L’article 31 de la Directive “service universel” évoque en effet, *in fine*, “des objectifs d’intérêt général clairement définis”.

2. L’article 31 de la Directive “service universel”

Les dispositions relatives à l’obligation de distribution ont subi une profonde métamorphose entre la conception initiale du Point 26 de la proposition de la Commission et la version finalement retenue à l’article 31 de la Directive “service universel”. Bien que la situation ait évolué au cours de ces deux années, les câblo-opérateurs, qui étaient les premiers concernés par la question, considèrent aujourd’hui encore que la Commission a eu raison de relever le défi de l’incorporation de la notion d’obligation de distribution dans le réexamen du cadre des communications¹⁰.

L’article 31 comporte deux alinéas qui précisent les conditions de conformité avec le droit européen auxquelles est soumise la législation nationale en matière d’obligation de distribution. Les considérants¹¹ exposés dans le préambule de la directive et la déclaration faite lors de la session plénière du Parlement européen par l’ancien commissaire à la Société de l’information Liikanen à l’occasion de l’adoption du nouveau cadre réglementaire, le 12 décembre 2001¹², sont pratiquement aussi importants que l’article lui-même.

Les considérants offrent en effet des orientations supplémentaires sur les réseaux susceptibles d’être couverts par les dispositions de l’article et énoncent clairement que la réglementation des “contenus” ne relève pas du champ d’application du nouveau cadre réglementaire. La déclaration de Liikanen renfermait le compromis politique de ne pas aborder la question de l’admission aux systèmes d’accès conditionnel (ci-après “SAC”) ou à d’autres installations auxiliaires dans le cadre de l’article 31.

Avant de tenter de déterminer comment il convient d’interpréter l’article 31, il est indispensable d’examiner le contexte dans lequel les dispositions relatives à l’obligation de distribution ont été insérées dans la législation européenne, à savoir celui d’une libéralisation permettant aux autorités réglementaires nationales (ci-après “ARN”) d’imposer un certain nombre d’obligations *ex ante* aux entreprises bénéficiant d’une puissance significative sur un marché particulier des communications électroniques¹³. Ces possibles obligations *ex ante* vont de l’application de la transparence à la fourniture d’accès aux réseaux en tenant compte des coûts¹⁴.

9) L’actuel alinéa 2 de l’article 31 de la Directive “service universel” reconnaît la “faculté des Etats membres de déterminer une rémunération appropriée”.

10) Les Etats membres éprouvent à l’évidence des réticences à aborder cette question à l’échelon européen, notamment en ce qui concerne le contexte des communications électroniques. Certains d’entre eux estiment tout d’abord que l’obligation de distribution tombe sous le coup du principe de subsidiarité. D’autres considèrent que l’obligation de distribution est une question relative au “contenu”, qu’il convient de distinguer de la régulation des réseaux et services de communications.

11) Considérants 43 à 45, examinés plus en détail par la suite.

12) Déclaration du commissaire Liikanen, Parlement européen, 12 décembre 2001, vote en deuxième lecture de la Directive “service universel”: obligations de distribution.

13) Les dix-huit marchés devant être analysés par les ARN sont énumérés dans la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d’être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, COM (2003) 497.

14) Voir les articles 9 à 13 de la Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l’accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu’à leur interconnexion (Directive “accès”), JO 2002 L 108/51.

Dans ce contexte, les dispositions relatives à l'obligation de distribution, qui aboutissent en pratique à une obligation d'accès, doivent être considérées comme l'une des rares exceptions aux principes du nouveau cadre réglementaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, la structure du nouveau cadre réglementaire prévoit, avant même l'imposition d'une quelconque obligation à un opérateur de réseau, notamment une obligation de type accès, la réalisation d'une analyse du marché. Cette conception est étayée par les observations formulées à plusieurs reprises par la "cellule article 7" de la Commission à propos des notifications adressées par les ARN¹⁵ désireuses de réglementer le marché de gros des services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu aux utilisateurs finaux¹⁶. Son raisonnement est schématiquement le suivant : l'imposition aux réseaux câblés des obligations de distribution a pour effet de réduire au minimum la probabilité de la survenance de litiges concurrentiels, c'est-à-dire de litiges relatifs aux questions d'accès.

3. Tentatives d'interprétation de l'article 31

Il n'existe, à ce jour, aucune jurisprudence ni aucun autre exemple de pratique réglementaire européenne au sujet de l'article 31. Fort heureusement cependant, la Commission s'est efforcée de donner une interprétation de l'article 31 dans deux documents de travail¹⁷ : le premier concerne les aspects de la radiodiffusion au sein du nouveau cadre réglementaire en général et le deuxième aborde précisément la question de l'obligation de distribution. Ces deux documents ont été rédigés pour le Comité des communications, lequel est présidé par la Commission et composé d'experts nationaux dans le domaine des communications électroniques.

3.1. Un caractère raisonnable

Une obligation de distribution doit être raisonnable, ce qui signifie qu'il lui faut être proportionnée et transparente au vu d'objectifs d'intérêt général clairement définis. Du point de vue matériel, cette notion n'ajoute aucun élément substantiel aux dispositions relatives à l'obligation de distribution, en sus des autres conditions énoncées par l'article 31 et en dehors du fait qu'elle pourrait être considérée comme un avertissement supplémentaire adressé aux Etats membres, afin qu'ils s'abstiennent d'adopter une législation abondante en matière d'obligation de distribution ou d'alourdir la législation en vigueur. C'est ce qu'illustre le considérant 43, qui explique cette notion de caractère raisonnable¹⁸. Il rassemble en fait les divers principes et conditions énoncés dans le reste de l'article.

Cette mention du caractère "raisonnable" des obligations de distribution aurait été insérée dans l'article 31 pour compenser la suppression de la rémunération obligatoire des entreprises soumises à ces mêmes obligations à l'échelon national. Quels sont alors les entreprises et les services susceptibles de se voir imposer une obligation de distribution ?

3.2. Le champ d'application de l'article 31

S'agissant tout d'abord de la première catégorie – *quelles* entreprises – l'article 31 cible clairement les seuls opérateurs de réseaux¹⁹. Ce champ d'application restreint mérite un examen approfondi, car on peut se demander si cette conception correspond à la réalité de l'environnement convergent actuel.

Les raisons de la limitation de l'article 31 aux entreprises qui exploitent un réseau sont multiples. En premier lieu, l'approche initialement retenue par la Commission consistait à prévenir la multiplication des obligations de distribution en général, comme nous l'avons mentionné plus haut.

15) Voir les observations de la Commission au sujet de l'affaire IE/2004/0042, notification de la ComReg (ARN irlandaise) relative au marché des services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux en Irlande du 2 mars 2004. Voir également les observations de la Commission au sujet de l'affaire UK/2004/0111, notification de l'Ofcom (ARN britannique) relative aux services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux au Royaume-Uni du 28 janvier 2005. Dans cette dernière, la Commission ne s'est pas prononcée sur la remarque de l'Ofcom, qui considérait que l'obligation de distribution visait à assurer la compétitivité du marché de la radiodiffusion par les réseaux câblés, <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/home>

16) Mentionné dans la Recommandation de la Commission en tant que "marché 18", voir la note de bas de page 13.

17) Document de travail de la Commission européenne, Le cadre réglementaire 2003 des communications électroniques – incidences sur la radiodiffusion (document ONPCOM02-14) du 14 juin 2002 et document de travail de la Commission européenne, Les obligations de distribution au regard du cadre réglementaire de 2003 des réseaux et services de communications électroniques du 22 juillet 2002 (ci-après "le document de travail de la Commission").

18) "Les obligations de diffuser (*must-carry*) imposées par les Etats membres devraient être raisonnables; en d'autres termes, elles devraient être proportionnées et transparentes compte tenu d'objectifs d'intérêt général clairement définis et pourraient, le cas échéant, s'accompagner d'une disposition prévoyant une rémunération proportionnée".

19) "des entreprises fournissant des réseaux de communications électroniques".

Deuxièmement, pour certains, l'obligation de distribution constitue une démonstration d'équilibre sur ce fil étroit qui sépare la réglementation des communications électroniques de celle (du contenu) des médias. Afin d'éviter les conflits de compétence entre ces deux branches de la réglementation, la Commission a prudemment choisi de restreindre l'application de l'article 31 aux entreprises agissant en qualité de fournisseurs de réseaux de communications électroniques. Troisièmement, à partir de cette deuxième raison, le considérant 45 précise que les fournisseurs de contenu ne relèvent ni du champ d'application de l'article 31, ni du nouveau cadre réglementaire dans son ensemble. Que signifie précisément ce troisième motif?

Selon leur type d'activité et/ou le pays dans lequel elles l'exercent, les entreprises peuvent assurer des fonctions différentes dans la sphère des communications électroniques. La distinction entre opérateur de réseau et fournisseur de services est pertinente pour l'obligation de distribution. Dans des pays tels que la Belgique, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, le câblo-opérateur est certes un fournisseur de réseau, mais il fournit en outre des ensembles de contenus aux abonnés du câble. Dans d'autres pays, en revanche, ces deux activités peuvent être gérées par des entités distinctes et cette situation se traduit en conséquence dans les législations nationales respectives. Ainsi, en France, le réseau câblé était la propriété de France Télécom, tandis que le contenu de base était proposé par d'autres entités. Le droit français en matière d'obligation de distribution ne s'applique par conséquent pas aux opérateurs de réseau²⁰, mais aux distributeurs de services²¹.

Une fois établi que l'article 31 concerne exclusivement les opérateurs de réseau, une question supplémentaire se pose: quels types de réseaux entrent dans son champ d'application? L'article 31, combiné au considérant 44, dispose clairement que: "Les réseaux utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision comprennent les réseaux de télédiffusion et les réseaux de diffusion par satellite et terrestre. Ils peuvent également inclure d'autres réseaux dans la mesure où un nombre significatif d'utilisateurs finals *utilisent* ces réseaux comme leurs moyens principaux de réception d'émissions de radio ou de télévision". La référence à un nombre significatif d'utilisateurs finals de certains réseaux fait allusion à l'application du droit de la concurrence dans le cadre même de l'article 31. Il est clair que l'obligation de distribution concerne le marché de la radiodiffusion et l'on peut imaginer que la réception des programmes radiodiffusés passe essentiellement par l'emploi de certaines technologies, telles que le câble, le satellite et le réseau terrestre. Ce nombre significatif pourrait alors être atteint dès lors que plus de 40 % des utilisateurs finals d'une technologie particulière y auraient recours pour la réception des émissions radiodiffusées²².

D'une part, cette interprétation de l'article signifie que, comme nous le verrons plus en détail par la suite, les obligations de distribution imposées aux différents réseaux sur le territoire d'un même Etat membre²³ se justifient pleinement aussi longtemps que ces réseaux sont utilisés individuellement par un nombre significatif d'utilisateurs finals. D'autre part, l'abrogation de toute législation nationale en matière d'obligation de distribution pourrait également être décidée dès lors que différents réseaux technologiques sont largement utilisés.

La deuxième question à laquelle il convient de répondre concerne les services susceptibles de bénéficier d'une obligation de distribution. L'article 31 indique clairement que les chaînes de radiodiffusion télévisuelle et radiophonique sont couvertes par cette disposition²⁴. Il évoque cependant également les "services". Le document de travail de la Commission traite spécifiquement des "services radiodiffusés"²⁵, une formulation qui exclut d'emblée tout service à la demande²⁶.

20) France Télécom gérait uniquement le réseau, sans entretenir de rapports avec les utilisateurs finals, hormis dans le cadre des activités de sa filiale France Télécom Câble, qui proposait la fourniture de contenus sur le câble avant sa fusion avec NC Numéricâble en 2004.

21) Par ailleurs, la concurrence qui existait en France entre les plateformes du câble et du satellite rendait cette conception plus acceptable encore. Dans le cas du satellite, les services proposés aux clients finals ne sont pas historiquement le fait de l'opérateur de réseau (par exemple Astra), mais plutôt celui du fournisseur de services (par exemple TPS).

22) Le seuil de 40 % découle du droit général de la concurrence, qui prévoit l'examen détaillé de l'éventuelle position dominante d'une entreprise lorsque celle-ci possède 40 % des parts d'un marché pertinent.

23) Seules les entreprises relevant de la compétence territoriale d'un Etat membre particulier sont soumises à son autorité. Les opérateurs de réseau étrangers ne sauraient, en vertu du principe de libre circulation des services, être soumis à la réglementation de l'Etat membre de réception.

24) Le terme "radiodiffusion" fait référence à la définition donnée par la législation européenne pertinente et son interprétation par la Cour de justice dans la toute récente affaire *Mediakabel*, affaire C-89/04 du 2 juin 2005, à savoir une radiodiffusion point à multipoint linéaire.

25) Page 6.

26) Dans le même ordre d'idée, les systèmes d'accès conditionnel et de guide électronique de programmes ne répondent pas à la qualification de "services radiodiffusés" au sens de l'article 31. Voir également la déclaration du commissaire Liikanen, ci-dessus, note 12.

Les services mentionnés dans ce contexte sont, à juste titre, ceux qui ne pourraient perdurer isolément. Les services radiodiffusés n'existent en effet que grâce à la radiodiffusion linéaire. Le considérant 43 évoque les services destinés aux utilisateurs handicapés, ou programmation enrichie, qui sont tous supportés par la radiodiffusion linéaire et ne seraient pas économiquement viables sans elle.

Le terme "spécifié", employé à propos des chaînes et des services de radio et de télévision qui doivent être spécifiés pour bénéficier du régime de l'obligation de distribution, est souvent négligé et pris à la légère. "Spécifié" est étroitement associé à la notion de transparence, que nous aborderons plus loin. Un système plus équitable, notamment dans certains Etats membres où la législation nationale en matière d'obligation de distribution mentionne les *organisations* de radiodiffusion en général, devrait en principe être mis en place de manière à permettre l'identification individuelle de chaque chaîne bénéficiaire de l'obligation légale de distribution²⁷.

L'un des éléments cruciaux de l'article 31 concerne la question de savoir à quel moment une obligation de distribution peut être imposée ou, en d'autres termes, à quel moment elle se justifie.

3.3. Des objectifs d'intérêt général clairement définis

Selon l'article 31, l'imposition d'une obligation de distribution est justifiée dès lors qu'un ou plusieurs "objectifs d'intérêt général clairement définis" sont visés. Cette disposition entraîne un certain nombre de conséquences. En premier lieu, elle oblige les Etats membres à motiver leur décision d'accorder le régime de l'obligation de distribution à une chaîne et/ou un service spécifié(s). Comme nous le verrons plus loin, cette exigence est une difficulté persistante pour les actuelles législations nationales en matière d'obligation de distribution. Il arrive souvent en effet que les objectifs poursuivis par ces mêmes législations manquent de clarté.

Deuxièmement, il s'agit de déterminer les objectifs d'intérêt général susceptibles d'être invoqués pour justifier l'imposition d'une obligation de distribution. Le considérant 43 précise à ce propos "en considération d'intérêts publics légitimes". Ces considérations ne sont pas définies à l'échelon européen, mais elles englobent le pluralisme et la diversité culturelle. Le considérant 43 ajoute que ces objectifs doivent être conformes au droit communautaire. Par ailleurs, et conformément à la jurisprudence de l'UE, il convient de noter que les objectifs à caractère économique peuvent être considérés comme des objectifs d'intérêt général.

La question d'une possible extension de l'application d'objectifs tels que le pluralisme et la diversité culturelle à des chaînes émettant depuis d'autres Etats membres n'a pas encore été tranchée. Dans les pays limitrophes notamment, qui partagent en partie la même langue, la législation nationale en matière d'obligation de distribution offre la possibilité de faire bénéficier les chaînes étrangères de ce régime. Si l'on tient compte de l'un des objectifs initiaux de la Commission, qui visait à réduire le nombre de chaînes bénéficiaires en réglementant l'obligation de distribution à l'échelon européen, on ne peut que désapprouver l'applicabilité de la législation nationale en la matière aux chaînes étrangères. Du point de vue de la libre circulation des services en revanche, il paraît difficile de les exclure d'emblée. Une évaluation détaillée est cependant indispensable pour déterminer si l'inclusion ou l'exclusion de ces chaînes respecte la limite de la proportionnalité. Il peut sembler en effet disproportionné d'accorder à des radiodiffuseurs commerciaux étrangers le régime de l'obligation de distribution dans un environnement où seules les chaînes nationales de service public en bénéficient. En outre, la notion d'"objectifs d'intérêt général" n'est pas définie à l'échelon européen. Elle demeure une notion nationale, ce qui rend l'association ou l'assignation d'un objectif d'intérêt national à une chaîne étrangère immédiatement plus difficile. En outre, la plupart des chaînes qui bénéficient d'un régime d'obligation de distribution remplissent en pratique certaines conditions importantes de programmation et de production imposées par la législation locale relative aux médias. Comme cette dernière n'est pas applicable aux chaînes étrangères, il est peu probable que celles-ci soient en mesure "d'acquiescer" le statut de bénéficiaire de l'obligation de distribution, tout simplement parce que leur législation nationale ne les astreint pas à des engagements similaires.

27) La législation régissant les aspects relatifs aux médias de la région de Bruxelles et le décret ministériel ultérieur mentionnent uniquement les organisations de radiodiffusion, qui exploitent parfois plusieurs chaînes; décret ministériel du 17 janvier 2001. Le présent article ne traite pas du débat visant à déterminer si les chaînes et services bénéficiaires pourraient être spécifiés par le seul droit primaire ou par ce dernier et le droit subsidiaire. Il y a toutefois lieu de présumer que le droit subsidiaire pourrait également répondre à cet objectif.

Les objectifs d'intérêt général sont-ils limités aux chaînes des radiodiffuseurs de service public? Il est aisé de répondre à cette question en un mot : non. Le document de travail de la Commission²⁸, ainsi que les observations formulées par la Commission à propos du rapport du Parlement européen présenté en première lecture²⁹, soulignent clairement que les objectifs d'intérêt général peuvent également être invoqués pour d'autres chaînes radiodiffusées. Il reste cependant à déterminer si, et à quelles conditions, ces autres chaînes remplissent en pratique ces objectifs.

Il semble malheureusement quelque peu étrange que la Commission se soit au départ prononcée sur les chaînes susceptibles de bénéficier d'une obligation de distribution en précisant qu'il s'agissait de celles "accomplissant une mission de service public"³⁰. La Commission s'est toutefois abstenue de prendre ouvertement position sur les types de chaînes bénéficiaires vers la fin de la procédure législative et à l'issue de celle-ci³¹.

Les objectifs d'intérêt général font référence aux possibles exceptions à la libre prestation des services au sein de l'UE. Cela s'explique par le fait que la législation nationale en matière d'obligation de distribution favorise en principe, directement ou indirectement, certains programmes nationaux ou régionaux au détriment des programmes étrangers. La jurisprudence de l'UE indique que la libre prestation des services ne peut se voir limitée que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (article 55 et article 46 du Traité CE) ou par des règles justifiées par des raisons supérieures d'intérêt général.

Dans ce contexte, la politique culturelle peut être considérée comme un objectif d'intérêt général³². Cela ne signifie cependant pas que les Etats membres soient libres d'invoquer des objectifs culturels à leur guise³³ et pour n'importe quelle chaîne³⁴.

3.4. Proportionnalité

Une obligation de distribution doit être "proportionnée". Eu égard au paragraphe précédent, ce principe suppose notamment d'examiner si ces objectifs d'intérêt général clairement définis peuvent être atteints par des mesures moins importunes. Cet examen pourrait aboutir à la conclusion selon laquelle l'imposition d'une obligation de distribution n'est pas indispensable dans une situation donnée. Le premier paragraphe de l'article 31 renforce cette idée en disposant que ces obligations "ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs"³⁵. La mesure,

28) Page 7.

29) Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, COM/2001/503 final – COD 2000/183, JO 2001 C332 E du 27 novembre 2001, p. 292-298.

30) Le document de travail de la DG Société de l'information du 27 avril 2000 apporte des éclaircissements au sujet du point 26 proposé: "Ainsi, l'article ne modifierait pas la réglementation actuelle, qui autorise les Etats membres à imposer des obligations de distribution aux opérateurs de réseaux de communications publiques, mais limiterait ces obligations aux chaînes qui assurent une fonction de secteur public de la radiodiffusion".

31) Document de travail de la Commission: "l'article 31 ne traite pas de la désignation individuelle des radiodiffuseurs bénéficiant des obligations de distribution".

32) La Cour a estimé dans l'affaire C-288/89 *Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007, paragraphes 22 et 23, dans l'affaire C- 353/89 *Commission c. Pays-Bas* [1991] ECR I-4069, paragraphes 3, 29 et 30, ainsi que dans l'affaire C-148/91 *Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-487, paragraphe 9, que la Mediawet visait à établir un système de radiodiffusion radiophonique et télévisuelle pluraliste et non commercial et qu'elle faisait ainsi partie de la politique culturelle, dont l'objectif est de sauvegarder la liberté d'expression de diverses composantes du secteur audiovisuel des Pays-Bas, notamment sociales, culturelles, religieuses et philosophiques. Il découle également de ces trois arrêts que *ces objectifs de politique culturelle constituent des objectifs d'intérêt général, lesquels peuvent être légalement poursuivis par un Etat membre* en élaborant de façon adéquate les statuts de ses propres instances de radiodiffusion. Affaire C-23/93 *TV10* [1994] ECR I-4795 §18 et §19.

33) Les objectifs de *politique culturelle* invoqués par le Gouvernement belge révèlent que la mesure faisant l'objet de la plainte a en réalité pour but de restreindre une concurrence véritable avec les stations nationales de radiodiffusion, afin de conserver leurs recettes publicitaires. S'agissant de l'objectif de préservation et de développement du patrimoine artistique, qu'il me suffise de faire remarquer, à l'instar de la Commission, que la mesure faisant l'objet de la plainte est en réalité susceptible de diminuer la demande de productions télévisuelles en néerlandais. Affaire C-211/91 *Commission c. Belgique* [1992] ECR I-6757 §9. En dehors du fait que *la politique culturelle ne représente pas l'une des justifications avancées à l'article 56*, il convient de noter que le décret-loi favorise la distribution des films nationaux indépendamment de leur contenu ou de leur qualité.

Dans ces conditions, le lien entre l'attribution des licences de doublage des films provenant de pays tiers et la distribution de films nationaux poursuit un *objectif à caractère purement économique, qui ne constitue pas un motif d'ordre public au sens de l'article 56 du Traité*. Affaire C-17/92 *Distribuidores Cinematográficos* [1993] ECR I-2239 §20 et §21.

34) Il est inconcevable qu'un objectif d'intérêt général puisse être invoqué pour justifier l'inclusion dans la législation sur l'obligation de distribution d'une chaîne de télévision à péage ou d'une chaîne créneau (c'est-à-dire une chaîne à thème unique, par exemple de téléachat).

35) La Cour a systématiquement estimé que l'application de dispositions nationales aux fournisseurs de services établis dans d'autres Etats membres devait avoir pour but de garantir la réalisation de l'objectif visé et *ne devait pas outrepasser ce qui s'avère indispensable* pour atteindre cet objectif. En d'autres termes, le recours à des règles moins restrictives ne doit pas permettre d'obtenir le même résultat. Affaire C-288/89 *Mediawet I* [1991] ECR I-4007 §15.

c'est-à-dire l'obligation de distribution, doit ainsi également se révéler indispensable à la réalisation de l'objectif fixé³⁶.

Cela nous amène à conclure qu'une certaine forme d'évaluation – par le législateur – s'impose avant la désignation d'une chaîne bénéficiaire de l'obligation de distribution. Il convient de vérifier, au cours de cette évaluation, s'il existe des alternatives moins strictes. Ces dernières pourraient consister à exiger de l'opérateur de réseau qu'il négocie l'accès de manière non discriminatoire, au lieu d'imposer d'emblée une obligation de distribution par défaut, ce qui équivaut à l'heure actuelle à une absence de rémunération et de compensation de la part de la chaîne.

Il convient de préciser qu'au cours de la procédure d'adoption de la Directive "service universel", il avait été proposé de faire figurer à l'article 31 la procédure de consultation pour analyse du marché, prévue à l'article 7 de la Directive "cadre". Cette solution aurait offert une garantie supplémentaire de législation harmonisée et proportionnée en matière d'obligation de distribution à travers l'UE. Malheureusement, cette proposition n'a pas été retenue, bien qu'elle fût compatible du point de vue conceptuel avec la présomption selon laquelle l'article 31 constitue, en définitive, une obligation d'accès et une véritable exception à la procédure d'analyse du marché.

On pourrait en outre soutenir à juste titre que, lorsque la moitié ou plus de la moitié des chaînes radiodiffusées du bouquet élémentaire doivent être distribuées, les répercussions sur l'opérateur de réseau en deviennent disproportionnées. Le document de travail³⁷ et un document du COCOM³⁸ de la Commission évoquent la possibilité de supprimer le caractère disproportionné d'une telle mesure par le versement d'une rémunération. Le document du COCOM semble même proposer, de manière assez intéressante, qu'une rémunération pourrait être imposée dans certains cas pour éviter tout conflit avec le principe de proportionnalité, malgré le caractère facultatif pour les Etats membres de la rémunération évoquée à l'alinéa 2 de l'article 31³⁹.

Une question supplémentaire, qui présente à l'heure actuelle un caractère plus théorique, concerne l'émission en jumelé⁴⁰ d'une chaîne bénéficiant de l'obligation de distribution. Lorsqu'un opérateur de réseau propose un bouquet analogique et un bouquet numérique, la distribution obligatoire d'une chaîne par ces deux technologies, éventuellement sans rémunération, grâce à l'obligation de distribution, pourrait-elle être considérée comme proportionnée? La *Federal Communications Commission* ("FCC" – Commission fédérale des communications) a déjà conclu aux Etats-Unis en 2001⁴¹, quant à la possibilité pour une chaîne de télévision de demander à être distribuée à la fois en analogique et en numérique, que cette obligation de distribution imposée aux câblo-opérateurs dans les deux formats portait atteinte aux droits que leur garantit le premier amendement.

3.5. *Transparence*

L'introduction de la notion de transparence a très probablement été calquée sur d'autres exemples de la législation européenne en vigueur⁴². Le principe de transparence, tout comme le principe de proportionnalité, s'est imposé dans le jargon européen usuel dans les domaines législatifs où les Etats membres conservent un pouvoir de réglementation discrétionnaire pour certaines entreprises et certains services. En matière d'obligation de distribution, la transparence permet de renforcer la sécurité juridique en contraignant les Etats membres à définir clairement à l'avance les chaînes et services susceptibles de bénéficier de ce régime. Cette pratique crée un environnement plus prévisible

36) Pour que cette exigence soit acceptée, il convient de démontrer qu'elle représente une condition indispensable à la réalisation de l'objectif poursuivi. Affaire C-222/95 Parodi [1997] ECR I-3899 §31.

37) Ci-dessus note 17.

38) Document de travail de la Commission européenne, *An approach to financing the transport of 'must-carry' channels, in relation to Article 31 [COCOM03-38] of the Universal Service Directive*, du 2 septembre 2003.

39) "Les critères généraux énoncés à l'article 31 de la Directive "service universel" peuvent néanmoins impliquer, dans des conditions spécifiques, qu'une certaine forme de rémunération pourrait être prévue pour que l'obligation de distribution soit considérée comme proportionnée ou raisonnable". Voir encore plus loin, paragraphe 3.7. du chapitre I.

40) "L'émission en jumelé" signifie la distribution d'une station de radio ou d'une chaîne de télévision aux abonnés en format analogique et numérique. Le visionnage du format numérique exige la possession par l'abonné d'un décodeur ou d'un récepteur numérique.

41) FCC, *First report and order [CS Docket n° 98-120]* du 18 janvier 2001. L'arrivée de la télévision à haute définition a réanimé le débat sur l'obligation de distribution en jumelé ou "double distribution", selon la terminologie américaine.

42) Par exemple, l'article 13 de la Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, JO L 101/24, 1^{er} avril 1998, et la Directive 98/34/CE modifiée par la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO L 204, 21 juillet 1998.

pour les entreprises soumises à l'obligation de distribution. L'utilisation du terme "spécifié" dans l'article 31 représente une application supplémentaire de ce principe.

Dans la pratique, une législation nationale relative à l'obligation de distribution qui se contenterait d'évoquer les organisations de radiodiffusion sans définir les chaînes concernées ne satisferait pas aux critères de transparence. De la même manière, les autorités compétentes qui désigneraient de façon empirique les chaînes susceptibles de bénéficier du régime de distribution, sans consulter les parties concernées ni fixer aucun critère de qualification, ne feraient pas davantage preuve de transparence. Cette pratique conduirait en effet à la prise de décisions arbitraires et exclurait la stabilité indispensable aux entreprises concernées.

L'application rigoureuse du principe de transparence impose également qu'un objectif d'intérêt général désigné soit associé à une chaîne bénéficiaire du régime de distribution. En d'autres termes, le public doit avoir clairement connaissance de l'objectif d'intérêt général auquel satisfait une chaîne précise ou de la catégorie d'objectifs d'intérêt général dont celle-ci relève.

L'exigence de stabilité est soulignée et renforcée par la référence, à la fin de l'alinéa 1 de l'article 31, à l'obligation faite aux Etats membres de réexaminer périodiquement leur législation en matière d'obligation de distribution.

3.6. Réexamen périodique

Eu égard à ce qui précède, la proposition initiale ne prévoyait pas que ces obligations soient "soumises à un réexamen périodique", mais plutôt qu'elles soient "limitées dans le temps"⁴³. Les autorités compétentes sont ainsi tenues de vérifier à intervalles réguliers si les conditions nécessaires à l'application de leur législation en matière d'obligation de distribution se justifient encore au vu des évolutions de la technologie et du marché. Dans son document de travail, la Commission précise : "L'obligation de réexaminer de façon régulière le régime des obligations de distribution devrait encourager les Etats membres à réévaluer la nécessité et la portée de la réglementation en vigueur en la matière et, notamment, de vérifier régulièrement si, compte tenu de l'évolution de la technologie et du marché, ainsi que du point de vue des parties concernées, ces règles demeurent conformes aux exigences de nécessité et de proportionnalité". Bien que l'article 31 ne fournisse aucune indication sur le type de réexamen auquel procéder, la phrase précitée du document de travail de la Commission sous-entend une réduction des contraintes subies par les opérateurs de réseau touchés par l'obligation de distribution.

Une révision à intervalles réguliers ne saurait entraîner une réévaluation des obligations plus d'une fois par an, sans risquer de compromettre la stabilité indispensable à ce secteur, notamment aux opérateurs de réseaux et aux radiodiffuseurs.

3.7. La faculté des Etats membres à déterminer une rémunération appropriée⁴⁴

Lors du lancement de la procédure de réexamen du cadre des communications en 1999, les câblo-opérateurs espéraient fortement être en mesure d'obtenir, une fois pour toutes, le versement d'une compensation ou d'une rémunération en l'échange de leur obligation de distribuer des chaînes radiodiffusées spécifiques. Les documents initiaux de la Commission consacrés à l'obligation de distribution semblaient d'ailleurs "aller dans la bonne direction"⁴⁵.

Deux éléments capitaux étaient admis à propos des obligations de distribution: le caractère obligatoire de la compensation à verser (les Etats membres "veillent") et la prise en compte de la "capacité de réseau requise" lors du calcul de cette compensation adéquate.

43) La proposition de remplacer "limitées dans le temps" par "soumises à un réexamen périodique" a été faite lors de l'examen en première lecture du rapport Harbour du 31 mai 2001, présenté au nom de la Commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen, sous la pression des Etats membres et des radiodiffuseurs qui ne souhaitaient pas la disparition progressive de la législation en matière d'obligation de distribution.

44) Les termes "rémunération" et "compensation" sont employés de manière interchangeable.

45) Le document de travail de la DG Société de l'information du 27 avril 2000 indiquait déjà: "Les Etats membres veillent à ce que les opérateurs de réseau reçoivent une compensation adéquate pour la transmission des chaînes bénéficiant de l'obligation de distribution en tenant compte de la capacité de réseau requise". La proposition de la Commission a légèrement modifié cette phrase: "Les Etats membres veillent à ce que les entreprises soumises aux obligations de distribution reçoivent une compensation appropriée selon des modalités raisonnables, transparentes et non discriminatoires, en tenant compte de la capacité de réseau requise".

Comme nous venons de le dire, le terme “veillent” devint “la faculté des Etats membres” et “le cas échéant” dans le texte adopté; la mention relative à la capacité de réseau fut remplacée par l’absence de discrimination entre les opérateurs de réseau, la proportionnalité et la transparence. Bien qu’il ne subsistât pas grand-chose de la proposition initiale, d’autres suggestions formulées au cours du processus décisionnel furent heureusement écartées⁴⁶.

La Commission a commandé en 2002 à Eurostratégies une étude sur le coût de l’obligation de distribution, probablement afin d’encourager les Etats membres à prévoir une compensation pour l’imposition de cette obligation malgré les termes du texte adopté⁴⁷. Eurostratégies est parvenue, dans les grandes lignes, à la conclusion qu’il existait différents modèles de rémunération entre câblo-opérateurs et chaînes radiodiffusées pour la (re)transmission de ces dernières. Elle a par ailleurs proposé une méthode particulière de modélisation des coûts, destinée à évaluer les frais de distribution à la charge du câblo-opérateur, qui permettait d’établir un prix indicatif fixé par un régulateur en fonction de paramètres autorisant des écarts par rapport au prix de référence. Les frais de transmission proposés étaient supposés s’appliquer à l’ensemble des chaînes radiodiffusées distribuées sur un réseau câblé, indépendamment de l’existence ou non d’une obligation de distribution. Outre ces frais de transmission technique, Eurostratégies semblait toutefois suggérer que la valeur de la chaîne bénéficiant de l’obligation de distribution devait également être prise en compte lors de la fixation du prix final.

Les câblo-opérateurs, les radiodiffuseurs, la Commission et les Etats membres, chacun pour des raisons différentes, n’accueillirent pas favorablement les conclusions de cette étude. Cela aboutit à un gel de la situation, ou si l’on préfère, à la disparition de la question de la rémunération de l’actualité réglementaire européenne⁴⁸. Les câblo-opérateurs mirent par la suite davantage l’accent sur le problème du droit d’auteur associé à l’obligation de distribution⁴⁹.

En outre, l’alinéa 2 de l’article 31 ne précise pas quelle entité serait susceptible de devoir verser une rémunération au cas où celle-ci serait prévue par la législation. Il s’agit bien évidemment de déterminer si ce versement doit être à la charge de l’Etat membre ou du radiodiffuseur concerné. On pourrait ainsi éventuellement soutenir que, si une rémunération était exigée en contrepartie du régime de distribution dont bénéficieraient à la fois des chaînes publiques et commerciales, le souci de non-discrimination imposerait à l’Etat membre de la verser pour l’ensemble des chaînes, puisqu’il le ferait dans tous les cas pour le radiodiffuseur de service public (ci-après “RSP”)⁵⁰.

Un autre courant de pensée préconise la création d’un fonds de compensation de l’obligation de distribution⁵¹, financé par les plateformes qui procèdent à la livraison de chaînes radiodiffusées dans un Etat membre particulier, sans être astreintes à une obligation de distribution dans ce même Etat membre. Ce financement n’a cependant de sens que si les réseaux concernés se voient assigner, en plus de l’obligation de distribution, la tâche d’assurer une couverture universelle et peut-être d’autres obligations d’intérêt général accessoires, telles que la distribution d’un bouquet de contenus élémentaire à un prix abordable.

L’éventuelle rémunération pose le problème complémentaire des frais de livraison du signal⁵². Ceux-ci entrent en jeu, notamment, lorsque les radiodiffuseurs régionaux ou locaux ne sont pas en mesure de financer la livraison de leur signal de radiodiffusion au câblo-opérateur. Il semble disproportionné d’exiger des câblo-opérateurs qu’ils supportent ces frais supplémentaires.

46) “[L]a valeur des canaux de diffusion pour les opérateurs”, rapport Harbour de la Commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen du 31 mai 2001.

47) Eurostratégies, *Assessment of the Member States measures aimed at fulfilling certain general interest objectives linked to broadcasting, imposed on providers of electronic communications networks and services in the context of the new regulatory framework*, mars 2003.

48) Malgré les tentatives de la Commission de faire durer la question, en réalisant une enquête auprès des Etats membres afin de recenser les pratiques existantes et les points de vue, sans qu’aucun résultat n’ait été publié jusqu’ici.

49) Il sera traité au chapitre 3.

50) Dans l’hypothèse où ce RSP serait financé par des fonds publics.

51) Similaire au fonds de service universel mis en place dans le secteur des télécoms.

52) Du point de vue de la distribution technique, une distinction peut être établie entre les frais de livraison du signal et les frais de transmission. Les premiers concernent le coût induit par l’acheminement du signal radiodiffusé à l’opérateur de réseau concerné, tandis que les seconds ont trait au coût de la transmission du signal radiodiffusé à travers le réseau de l’opérateur.

II. Mise en œuvre : du patchwork à la couverture unie ?

Le tableau fourni ci-dessous indique, à l'issue de l'examen des diverses exigences auxquelles la législation nationale en matière d'obligation de distribution est tenue de se conformer à compter du 24 juillet 2003, les pays dont la législation ne respecte pas les conditions fixées par l'article 31 de la Directive "service universel".

	Chaînes radiodiffusées spécifiées	Câble uniquement	Objectifs d'intérêt général clairement définis	Chaînes de service public uniquement	Versement de droits d'auteur
Allemagne	NON	OUI	OUI	NON	OUI
Autriche	OUI	OUI	NON	NON	OUI/NON
Belgique	OUI/NON *	NON/OUI **	OUI/NON	OUI/NON	OUI
Danemark	OUI	NON	OUI	NON	OUI
Finlande	NON	OUI	NON	NON	NON
France	OUI	NON	NON	NON	OUI/NON
Hongrie	OUI	OUI	NON	NON	NON/OUI
Irlande	OUI	OUI	NON/OUI	NON	NON
Malte	NON	NON	NON	NON	NON
Pays-Bas	OUI/NON	OUI	OUI	NON	OUI/NON
Pologne	OUI	OUI	NON/OUI	OUI	OUI
République tchèque	NON	NON	NON	NON	OUI
Royaume-Uni	OUI	NON	OUI	OUI	NON
Suède	OUI/NON	OUI	OUI/NON	NON	OUI

* La plupart des articles de la provision ont été transposés, mais pas l'ensemble.

** Seuls quelques articles de la provision ont été transposés.

Il apparaît clairement à la lecture de ce tableau que l'article 31 n'a pas été pleinement transposé dans l'ensemble des Etats membres. Certains d'entre eux n'ont pas (encore) procédé à la moindre modification de leur législation nationale, comme la Suède et les Pays-Bas, en prétextant que leur droit des médias ne saurait être concerné par le nouveau cadre réglementaire, alors même que la Commission a souligné le contraire dans son 9^e rapport de mise en oeuvre⁵³.

Une première conclusion s'impose : l'article 31 n'est pas parvenu à réaliser l'harmonisation attendue dans les législations nationales en matière d'obligation de distribution.

Il y a également lieu de s'interroger sur la capacité de cette disposition à réduire le nombre de chaînes bénéficiaires du régime de l'obligation de distribution. Bien que cela ne transparaît pas directement dans cet aperçu, l'article 31 n'a eu pour effet de diminuer la quantité de ces chaînes que dans un nombre restreint d'Etats membres, comme la Belgique (Flandre et Wallonie). Dans d'autres pays en revanche, les câblo-opérateurs demeurent soumis à une obligation de distribuer un volume considérable de chaînes bénéficiaires : jusqu'à trente-trois chaînes analogiques dans plusieurs Länder allemands et quinze chaînes aux Pays-Bas.

Une deuxième conclusion en découle : l'objectif d'allègement de la charge représentée par l'obligation de distribution en terme de nombre de chaînes n'a pas été atteint.

53) " La plupart des mesures nationales transposant le nouveau cadre n'introduisent pas d'obligations de diffuser; celles-ci sont habituellement intégrées dans d'autres instruments législatifs nationaux, tels que des lois sur l'audiovisuel. Néanmoins, ces obligations de diffuser doivent être conformes aux principes exposés dans la Directive "service universel" : autrement dit, elles ne doivent être imposées que si elles sont nécessaires pour remplir des objectifs d'intérêt général clairement définis et sont proportionnées et transparentes". 9^e rapport sur la mise en œuvre de la réglementation de l'UE en matière de communications électroniques, 19 novembre 2003, COM(2003) 715 final.

L'article 31 a-t-il permis la rationalisation des chaînes satisfaisant aux conditions d'obtention du régime de l'obligation de distribution? Le mécanisme de rationalisation s'inscrit dans l'objectif de proportionnalité poursuivi par l'article 31. Selon la définition plus ou moins large de la radiodiffusion de service public⁵⁴, seuls quelques rares Etats membres ont limité l'application de la législation en matière d'obligation de distribution aux chaînes radiodiffusées de service public: le Royaume-Uni, la Belgique (Flandre) et la Pologne. En outre, certains Etats membres continuent à accorder un régime d'obligation de distribution à des chaînes de téléachat – c'est le cas par exemple de l'Allemagne et de Malte – et à des chaînes de télévision à péage, comme en Belgique (Bruxelles). Plusieurs Etats membres choisissent une application combinée au profit des RSP nationaux, des chaînes radiodiffusées régionales, des chaînes privées nationales, des RSP étrangers et des chaînes privées étrangères.

Tous ces éléments indiquent que l'article 31 a contribué très modestement à la réalisation de l'objectif de rationalisation.

L'article 31 est-il parvenu à renforcer quelque peu la transparence de la législation nationale en matière d'obligation de distribution? Cela a été le cas dans une certaine mesure. Il a contraint les Etats membres à définir plus clairement les objectifs d'intérêt général en jeu et quelquefois à fournir une définition qui faisait défaut. L'article 31 s'est avéré moins efficace dans l'établissement d'un lien entre un objectif d'intérêt général et la mesure dans laquelle une chaîne radiodiffusée spécifiée poursuit effectivement cet objectif. La plupart des Etats membres n'ont pas établi ce lien. Cette situation se double notamment dans plusieurs Etats membres d'un nombre restreint de radiodiffuseurs spécifiés bénéficiaires d'une obligation de distribution, les autres étant choisis de manière empirique par une autorité réglementaire, comme en Allemagne et aux Pays-Bas.

La quatrième conclusion qui s'impose est que l'objectif de transparence fixé par l'article 31 n'a pas été, dans la plupart des cas, pleinement atteint.

La possible rémunération de l'obligation de distribution n'est pas évoquée dans cette vue d'ensemble, pour la simple raison qu'aucun Etat membre n'a mis en place un mécanisme pertinent de rémunération en la matière⁵⁵.

III. Le droit d'auteur s'applique-t-il systématiquement?

L'une des préoccupations déjà évoquées – voir également l'aperçu général de la mise en œuvre – est celle du droit d'auteur⁵⁶. En règle générale, dans la plupart des pays concernés par la législation en matière d'obligation de distribution, aucune disposition ne prévoit de paiement au titre du droit d'auteur au sens strict et/ou des droits voisins en cas de (re)transmission sur les réseaux câblés. Cette conception reposait sur divers arguments⁵⁷. Elle a cependant évolué ces dernières années.

Un certain nombre de pays connaissent un débat, alimenté notamment par les chaînes de RSP bénéficiant du régime de distribution au sujet de leurs droits voisins et par les sociétés de gestion collective, quant à la possible imposition aux câblo-opérateurs d'un paiement au titre du droit d'auteur eu égard à la distribution de ces mêmes chaînes bénéficiaires.

Les câblo-opérateurs paient déjà une rémunération dans plusieurs de ces pays pour les droits d'auteur dont sont titulaires des tiers, c'est-à-dire pour tous les droits qui ne sont ni détenus ni acquis par le radiodiffuseur bénéficiant de l'obligation de distribution. Les accords dits collectifs du câble, passés entre les câblo-opérateurs, les chaînes des RSP étrangers et surtout nationaux, ainsi que les sociétés de gestion collective des droits d'auteur implantées par exemple en Belgique, en Allemagne, en Irlande et aux Pays-Bas, n'accordent officiellement aux chaînes des RSP nationaux bénéficiant de l'obligation de distribution aucune rémunération pour leur retransmission sur le câble. Dans certains de ces pays et dans d'autres Etats, un accord passé avec le gouvernement prévoit l'absence de paiement au titre du droit d'auteur pour les chaînes distribuées (Suède, Danemark, Finlande). La loi autrichienne

54) Comprend-t-il les chaînes radiodiffusées régionales/locales susceptibles d'être financées par des fonds privés?

55) La Hongrie représente la seule exception de création d'un fonds identique à celui du service universel, où les radiodiffuseurs privés versent une rémunération (droit d'auteur) pour le régime d'obligation de distribution des RSP.

56) Pour des raisons de simplification, le droit d'auteur est à prendre ici dans un sens extrêmement large, qui couvre "le droit d'auteur proprement dit" et "les droits voisins". "Le droit d'auteur proprement dit" ou "les droits voisins" seront mentionnés de manière distincte lorsque le contexte l'exigera.

57) Ceux-ci s'étendent du principe de la "zone de service" destinée à prévenir tout "double paiement", jusqu'à l'argument selon lequel "il ne s'agit pas d'une retransmission sur le câble".

relative au droit d'auteur (article 17) se distingue en disposant expressément que, en cas de transmission sur le câble des chaînes du RSP national bénéficiant de l'obligation de distribution, la "communication publique" est le fait de ces dernières et non des câblo-opérateurs⁵⁸. L'exemple autrichien applique la doctrine du "simple transport"⁵⁹, en vertu de laquelle le réseau du câblo-opérateur est uniquement utilisé en tant qu'installation technique, ce qui ne devrait pas automatiquement constituer un acte soumis au droit d'auteur.

L'importance de la préoccupation suscitée par le droit d'auteur ne peut être sous-estimée. Si l'on part du principe que les obligations de distribution représentent une forme exceptionnelle d'accès aux réseaux de communications électroniques prévue par le nouveau cadre réglementaire, on ne saurait admettre qu'en plus de l'obligation de fournir un accès à son réseau, un câblo-opérateur soit également contraint de payer au titre du droit d'auteur pour le contenu transporté sur ce même réseau. Cette exigence serait en effet totalement disproportionnée pour les câblo-opérateurs.

Dans son invitation à présenter des observations au sujet des éventuelles pratiques illicites d'aides d'Etat menées par les radiodiffuseurs publics néerlandais et la NOB, c'est-à-dire l'opérateur des systèmes de RSP néerlandais, la Commission semble faire allusion dans une phrase à la faveur accordée au câblo-opérateur, compte tenu de la dispense de toute rémunération versée au titre du droit d'auteur aux RSP néerlandais dont ils ont bénéficié jusqu'à présent⁶⁰. Il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit là d'une opinion préliminaire de la Commission, qui fera l'objet d'une décision finale. Pour l'heure, cette opinion préliminaire ne semble pas reconnaître le fait que les chaînes des RSP néerlandais bénéficient du régime de l'obligation de distribution, ni surtout qu'elles sont financées par le contribuable néerlandais, alors que les RSP étrangers ou les radiodiffuseurs privés ne le sont pas. Aussi convient-il que soit autorisée par la suite une différence de traitement, sans oublier toutefois que l'autorisation de transmission d'une chaîne radiodiffusée n'impose pas automatiquement en retour un paiement au titre du droit d'auteur.

IV. De l'obligation de distribution à l'obligation d'offre ?

En résumé, l'application de la législation en matière d'obligation de distribution à un câblo-opérateur pourrait entraîner les obligations suivantes :

- une obligation de distribuer des chaînes et services radiodiffusés divers (depuis les RSP jusqu'aux chaînes de téléachat), sans qu'une compensation puisse être escomptée en retour ;
- une obligation de paiement au titre du droit d'auteur pour la distribution de ces mêmes chaînes.

Compte tenu de la concurrence toujours plus rude sur le marché de la télévision, il semble par conséquent de plus en plus difficile de souscrire à la justification de l'obligation de distribution dans les pays où le câble revêt une importance historique particulière.

Dans un environnement où tous les radiodiffuseurs pourraient demander le versement d'une compensation au titre du droit d'auteur et où les opérateurs de plateformes affichent un désir croissant d'offrir tout type de contenu jugé indispensable pour devancer leurs concurrents, l'objectif historique de sauvegarder, sans coût supplémentaire, la réception des radiodiffuseurs de service public par le grand public, qui avait motivé l'imposition d'une obligation de distribution, n'est plus menacé. Dans plusieurs cas, les RSP connaissent même une situation financière plus enviable que celle de leurs homologues privés, puisque tant qu'ils ne paient pas pour leur distribution, ils ne demandent au distributeur aucune rémunération au titre du droit d'auteur.

58) Article 11bis (1)(ii) de la Convention de Berne. Du point de vue du droit d'auteur, cela signifie qu'il ne s'agit pas d'une "retransmission".

59) Article 12 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"), JO L 2000/17 et la déclaration jointe à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI de 1996.

60) Voir Aide C 2/04 (ex NN 170/03) – mesures ad hoc concernant les radiodiffuseurs publics néerlandais et la NOB – invitation à présenter des observations en application de l'article 88(2) du Traité CE, paragraphe 111 JO C 2004 63/1 du 10 mars 2004. Cette disposition est soumise à des pressions, car la société des droits musicaux (et les RSP néerlandais) a assigné en justice les câblo-opérateurs en vue d'obtenir le versement d'une rémunération au titre du droit d'auteur pour la retransmission des RSP néerlandais. Rien n'est encore joué, voir la lettre du 17 août 2005 adressée par le secrétaire d'Etat néerlandais aux Médias au Parlement néerlandais, au sujet du non-paiement de droits d'auteur pour la retransmission des RSP néerlandais.

La législation relative à l'obligation de distribution équivaut clairement, sur un marché concurrentiel, à intervenir dans les négociations auxquelles donne lieu la distribution, notamment dans un environnement numérique où l'on ne négocie pas uniquement le prix, mais également les autres services auxiliaires, tels que les guides électroniques de programmes et les services à la demande et interactifs.

Il est difficile de dire s'il est préférable d'introduire une "obligation d'offre"⁶¹ pour certains radiodiffuseurs, au lieu d'une obligation de distribution. En tout état de cause, les radiodiffuseurs de service public sont soumis à une obligation d'offre, qui constitue leur raison d'être et découle de leurs engagements à l'égard du gouvernement ainsi que, en définitive, du grand public. L'une des missions premières d'un RSP consiste à proposer l'intégralité de sa programmation à l'ensemble des plateformes présentes au sein d'un Etat membre particulier, notamment lorsque celles-ci se trouvent dans la nécessité d'acquiescer des droits exclusifs auprès d'autres fournisseurs de contenus, en vue de différencier leurs offres télévisuelles.

Dans un récent document de travail⁶², la Commission exprimait son avis sur la manière dont l'article 31 serait amené à fonctionner au sein du nouveau cadre réglementaire dans les années à venir :

"La numérisation des réseaux permettra de distribuer les actuels programmes analogiques sur une fraction du spectre qu'ils occupent aujourd'hui. Cette numérisation exige des investissements considérables. L'incitation à investir dans la numérisation des réseaux est forte lorsque leurs opérateurs bénéficient d'une totale liberté commerciale pour l'utilisation du spectre supplémentaire mis à leur disposition. L'extension des obligations de distribution à un plus grand nombre de services que ceux qui sont actuellement distribués, atténuerait toutefois cette incitation, pouvant même entraîner sa disparition chez certaines entreprises. Cette préoccupation vaut pour les incitations à investir dans la distribution des services télévisuels par l'intermédiaire de l'ensemble des plateformes (terrestres, par câble, par satellite et à l'avenir peut-être par DSL), en cas d'introduction de nouvelles obligations de distribution ou d'extension de celles qui sont actuellement en vigueur.

La Directive "service universel", notamment, exige que les obligations de distribution soient justifiées par des objectifs d'intérêt général clairement définis. Le passage de la transmission analogique à la transmission numérique n'a pas pour conséquence de modifier ces objectifs et les actuelles obligations de distribution des services analogiques pourront être transposées à la transmission numérique. Si la modification de la technique de transmission en tant que telle était toutefois invoquée pour justifier l'extension des obligations d'intérêt général, et par là même pour accroître les obligations de distribution existantes, il conviendrait d'en démontrer de manière transparente le caractère raisonnable et les raisons pour lesquelles ces obligations supplémentaires s'avèrent indispensables à la réalisation d'objectifs d'intérêt général clairement définis, ainsi que leur caractère proportionné. Les radiodiffuseurs désireux d'élargir l'offre de leurs services sur les réseaux numérisés peuvent recourir aux dispositions de la Directive "accès".

Cet extrait appelle deux remarques: tout d'abord, la réussite du passage des consommateurs de l'analogique au numérique n'est pas aussi simple que ce que l'on imagine parfois. Cela signifie que les avantages que procure la technologie numérique en matière de capacité n'apparaîtront, dans une certaine mesure, que lorsque la transmission analogique aura pris fin. Bien entendu, les nouveaux arrivants sur le marché télévisuel, tels que la télévision par DSL, ne sont pas tenus de supporter la charge de l'analogique. En outre, du fait de la demande toujours croissante de nouveaux contenus et formats (la télévision à haute définition exige une capacité considérable), rien ne permet de dire avec certitude si l'on parviendra un jour à surmonter totalement les contraintes de capacité.

La deuxième remarque, qui est importante au regard de la manière dont fonctionne l'article 31 dans le contexte du nouveau cadre réglementaire, porte sur la référence faite à la Directive "accès". Cette mention constitue la reconnaissance du fait que les obligations d'accès *ex ante*, fondées sur la procédure d'analyse du marché, représentent une alternative à l'obligation de distribution⁶³. Ces obligations d'accès présentent notamment l'avantage pour les opérateurs de réseaux ciblés d'être payantes. Quel que soit le modèle de coût employé par l'ARN, l'opérateur sera autorisé à rentrer dans ses frais. On ignore cependant encore s'il se produira à court terme un glissement de la législation

61) "L'obligation d'offre" existe déjà expressément au Royaume-Uni, en Irlande et en Belgique (Flandre) pour les RSP.

62) Document de travail de la Commission du 24 mai 2005, Annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant l'accélération de la transition de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique, COM(2005) 204 final.

63) Ce mode de raisonnement est employé en Italie.

nationale en matière d'obligation de distribution vers les obligations d'accès⁶⁴. Les obligations d'accès fondées sur le nouveau cadre réglementaire ne tiennent pas compte d'objectifs d'intérêt général et seraient applicables uniformément à l'ensemble des radiodiffuseurs. Elles entraîneraient néanmoins une transparence bien plus accrue dans un marché de la radiodiffusion en rapide mutation.

Il est difficile de formuler des conclusions concrètes sur la mise en œuvre de l'article 31 de la Directive "service universel", puisque son libellé est sujet à des interprétations divergentes. Je suis convaincu que l'obligation de distribution continuera à faire l'objet d'un débat animé du fait de sa nature de caméléon : elle modifie son apparence pour s'adapter à l'évolution de la situation politique.

64) Les deux systèmes existaient déjà en parallèle aux Pays-Bas, en application de l'ancien cadre des télécoms. Le nouveau cadre réglementaire n'a pas conduit à l'abrogation de la législation en matière d'obligation de distribution.

Les obligations de distribution (*must-carry*) en modes analogique et numérique des opérateurs de télévision par câble et par satellite aux Etats-Unis

Rob Frieden¹

Université d'Etat de Pennsylvanie

I. Historique de l'obligation de distribution

Aux Etats-Unis, la législation fait obligation aux opérateurs de la télévision par câble² de réserver jusqu'à un tiers de la capacité de leurs chaînes à la transmission de stations de télévision hertzienne terrestre locales affichant un nombre de téléspectateurs conséquent³. Le Congrès a adopté en 1992 une loi codifiant les exigences réglementaires antérieures établies par la *Federal Communications Commission* (Commission fédérale des communications – FCC), laquelle imposait une distribution obligatoire au motif que l'intérêt public commandait cette action positive pour maintenir la viabilité commerciale des radiodiffuseurs de la télévision hertzienne⁴.

1) Professeur de télécommunications, 102 Carnegie Building, Pennsylvania State University, University Park, Pennsylvania 16802 – e-mail : rmf5@psu.edu

2) Les opérateurs de satellite de radiodiffusion directe ne sont pas soumis à une obligation de distribution. Cependant, la décision de transmettre une station de radiodiffusion locale sur un quelconque marché déclenche l'obligation de transmettre l'ensemble des autres signaux. Depuis le 1^{er} janvier 2002, tout opérateur de satellite de radiodiffusion directe est tenu, sur demande, de transmettre les signaux de l'ensemble des stations de radiodiffusion d'un marché local donné lorsqu'il choisit de transmettre l'une d'entre elles. Le Congrès a imposé que la diffusion d'une chaîne oblige à diffuser toutes les autres, afin d'éviter que les opérateurs de satellite de radiodiffusion directe ne se contentent de sélectionner et de diffuser les stations affiliées à un même réseau, car cette attitude lui paraissait préjudiciable à la viabilité de l'ensemble des opérateurs de stations de télévision hertzienne. Voir *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999*, 15 FCC Rcd. 5445 (2000); *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999: Enforcement Procedures for Retransmission Consent Violations*, 15 FCC Rcd. 2522 (2000). *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999: Broadcast Signal Carriage Issues*, 16 FCC Rcd. 16 544 (2001); *KVMD Acquisition Corp. v. DirecTV, Inc.*, 16 FCC Rcd. 22 040 (2001).

3) Voir, par exemple, la loi relative à la protection des consommateurs et à la concurrence en matière de télévision par câble (*Cable Television Consumer Protection and Competition Act*) de 1992, Pub. L. n° 102-385, 106 Stat. 1460 (1992). La loi de 1992 imposait précisément aux systèmes par câble comportant plus de douze chaînes de programmation vidéo de consacrer jusqu'à un tiers de leur capacité à la retransmission de l'ensemble des stations commerciales THF et UHF diffusées sur le marché local, de transmettre des chaînes non commerciales (affiliées au système de radiodiffusion publique), ainsi que de transmettre jusqu'à deux stations de télévision locale de faible puissance lorsque les chaînes commerciales de pleine puissance représentaient moins d'un tiers de la capacité du canal. Voir *Definition of Markets for Purposes of the Cable Television Mandatory Television Broadcast Signal Carriage Rules, Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking* in CS Docket n° 95-178, 11 FCC Rcd 6201 (1996).

4) Aux Etats-Unis, les radiodiffuseurs de la télévision hertzienne terrestre bénéficient d'une protection réglementaire particulière du fait de leur accessibilité gratuite, contrairement à la télévision par câble dont l'accès est subordonné au paiement direct d'un abonnement. Voir *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180, 194 (1997) (cet arrêt constate que la télévision hertzienne terrestre "est une source d'information importante pour de nombreux Américains [...] qui représente, par une tradition et une utilisation vieilles de plusieurs décennies, une composante essentielle du débat national sur des sujets ayant trait à l'ensemble d'un large éventail de discours, de pensée et d'expression"); *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 663 (1994) (lequel convient que la télévision hertzienne terrestre "constitue manifestement la principale source d'information et de divertissement d'une grande partie de la population nationale") (citation extraite de l'arrêt *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157, 177 (1968)); *Review of Commission's Regulations Governing Television Broad., Report & Order*, 14 F.C.C.R. 12 903, 12 912 p. 18 (1999) (qui estime que la télévision représente "la première source de programmes d'actualité et de divertissement des Américains" et "façon de manière déterminante le débat démocratique et les comportements culturels").

Alors que de nombreux détracteurs de l'obligation de distribution la considèrent comme une "appropriation" de biens et une ingérence dans les droits d'expression et/ou de programmation des opérateurs de la télévision par câble, les juridictions de recours considèrent cette intrusion comme un exercice légitime de régulation économique. En 1997, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé que les obligations de distribution constituaient une régulation légale, et "neutre du point de vue du contenu" des opérateurs de la télévision par câble, quand bien même les droits à la liberté de parole et d'expression des câblo-opérateurs, garantis par la Constitution, seraient subordonnés à cette régulation ou soumis à condition par cette dernière⁵. Ironiquement, l'évolution du marché et l'innovation technologique ont réduit substantiellement l'intérêt du public pour la télévision hertzienne terrestre et la réception directe de ses signaux⁶.

Soucieuse d'écartier tout risque de préjudice causé à la viabilité économique de la télévision hertzienne "gratuite", la FCC soumet la télévision par câble à une abondante réglementation "subsidaire", malgré l'absence d'utilisation du spectre public par celle-ci. Dans la mesure où elle offre au consommateur un plus grand choix vidéo, la télévision par câble a la capacité de détourner des radiodiffuseurs les téléspectateurs et les recettes. Les obligations de distribution offrent ainsi aux abonnés de la télévision par câble l'assurance de pouvoir recevoir les signaux de la radiodiffusion terrestre locale. Cette exigence présuppose l'existence d'un potentiel commercial selon lequel les consommateurs souhaitent continuer à visionner le contenu disponible auprès des radiodiffuseurs locaux. La législation et la réglementation devançant la décision du marché, en considérant que la plupart des consommateurs plébiscitent le traitement de l'actualité et la couverture des principaux événements par certains radiodiffuseurs terrestres, c'est-à-dire les stations affiliées aux grandes chaînes⁷, mais boudent les petites stations dont la programmation ne peut rivaliser avec celle qu'offre l'abonnement aux chaînes du câble et du satellite.

Selon les détracteurs des obligations de distribution, les premiers bénéficiaires en sont les radiodiffuseurs télévisuels marginaux, tels que les chaînes de téléachat et celles diffusées dans une langue étran-

5) *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997) (considérant que l'obligation de distribution n'avait aucune incidence directe sur le contenu et la liberté d'expression garantie par le premier amendement, la Cour a estimé pouvoir appliquer un "critère intermédiaire", moins rigoureux, afin de déterminer si cette exigence répondait exactement au souci du Congrès de préserver les avantages d'une télévision locale hertzienne gratuite, de favoriser la diffusion à grande échelle de l'information par de multiples sources et de promouvoir une concurrence équitable sur le marché de la programmation télévisuelle). Dans une affaire antérieure, *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994), la Cour s'est déterminée en fonction de ce critère intermédiaire et a estimé que les dispositions relatives à l'obligation de distribution allaient dans le sens d'un intérêt public important, en préservant l'existence d'une télévision hertzienne gratuite, en favorisant la diffusion à grande échelle de l'information et en promouvant une concurrence loyale. Le premier amendement de la Constitution américaine interdit au législateur l'adoption d'une loi "ayant pour objet l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, de limiter la liberté de parole ou de presse, ou le droit des citoyens de s'assembler pacifiquement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour qu'il mette fin aux abus".

6) Aux Etats-Unis, 90 % environ des ménages visionnent des contenus vidéo provenant de sources autres que la télévision hertzienne. En juin 2004, 92,3 millions de ménages étaient abonnés à un distributeur de programmation vidéo multichaine : 71,6 % d'entre eux avaient souscrit un abonnement auprès d'un câblo-opérateur franchisé, 25,1 % bénéficiaient des services de programmes vidéo d'un opérateur de satellite de radiodiffusion directe et 3,3 % des abonnés accédaient à un contenu vidéo provenant d'autres types de fournisseurs, y compris les services à haut débit, le câble sans fil et les entreprises de câble privé. Voir *Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming*, MB Docket n° 04-227, onzième rapport annuel, FCC 5-013 (4 février 2005), disponible sur : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-13A1.doc. Voir également le rapport de la *National Cable and Telecommunications Association*, (Association nationale du câble et des télécommunications), *2004 Year-End Industry Overview* (2004), disponible sur : http://www.ncta.com/pdf_files/NCTAYearEndOverview04.pdf ; les statistiques de ce secteur sont disponibles sur : <http://www.ncta.com/Docs/PageContent.cfm?pageID=86>

7) L'obligation de distribution représente l'une des nombreuses initiatives législatives et réglementaires destinées à favoriser la disponibilité d'une radiodiffusion locale, bien que les stations de radiodiffusion se contentent la plupart du temps de retransmettre le contenu des chaînes nationales. La notion de "localisme" s'appuie toutefois sur de solides fondements pour justifier ce que d'aucuns pourraient qualifier de mesures "protectionnistes". Voir, par exemple, l'arrêt *National Association of Broadcasters v. FCC*, 740 F.2d 1190, 1198 (D.C. Cir. 1984) (selon lequel la FCC "a historiquement suivi une politique de 'localisme', qui constituait un excellent moyen de promouvoir l'objectif légal d'efficacité du service public") ; le rapport *Competition, Rate Deregulation & Commission's Policies Relating to Provision of Cable Television Serv.*, Report, 5 F.C.C.R. 4962, 5039-40 p. 149 (1990) (qui constate que le localisme a été le moteur de la politique menée par la FCC ces cinquante dernières années) ; le rapport et la directive *Satellite Delivery of Network Signals to Unserviced Households for Purposes of Satellite Home Viewer Act, Report & Order*, 14 F.C.C.R. 2654, 2659 p. 11 (1999) ("Le localisme constitue un principe essentiel de la politique de radiodiffusion depuis la loi relative à la radio de 1927.") ; le premier rapport et la directive *Amendment of Subpart L, Part 91, to Adopt Rules & Regulations to Govern the Grant of Authorizations in Bus. Radio Serv. for Microwave Stations to Relay Television Signals to Cmty. Antenna Systems, First Report & Order*, 38 F.C.C. 683, 699-700 p. 44-48 (1965) [ci-après premier rapport et directive CATV] ; voir également l'arrêt *Quincy Cable TV, Inc. v. FCC*, 768 F.2d 1434, 1439-40 (D.C. Cir. 1985) (selon lequel l'un des objectifs capitaux de la FCC visait à "la mise en place d'un système de stations de radiodiffusion locales [gratuites], de sorte que 'toute collectivité de dimension appréciable dispose[ra] d'au moins une station de télévision qui offrirait à la vie locale le moyen de s'exprimer'") (citation tirée de l'arrêt *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157, 174 (1968)).

gère, tandis que les câblo-opérateurs, contraints de renoncer à la transmission d'un contenu vidéo supplémentaire du fait de la distribution obligatoire de signaux à faible audience, se voient imposer un handicap bien inutile⁸. D'autre part, les efforts déployés par les opérateurs du câble et du satellite pour accroître la capacité de leurs canaux permettent généralement de respecter les obligations de distribution, tout en offrant un large éventail de contenus thématiques, qui sont indisponibles auprès des radiodiffuseurs terrestres, dont la programmation est d'ordinaire destinée à un très large public. L'apparition de la télévision haute définition à la fois radiodiffusée et non radiodiffusée, qui nécessitera une largeur de bande supérieure, rendra la satisfaction des exigences de la réglementation et des consommateurs de plus en plus difficile. De même, la mise en place de la télévision numérique terrestre donnera aux radiodiffuseurs la possibilité d'augmenter le nombre de leurs chaînes programmées, ce qui soulèvera un certain nombre de questions quant à la portée et la nature des futures obligations de radiodiffusion.

Les partisans de l'obligation de distribution soulignent que les opérateurs du câble et du satellite en retirent des avantages législatifs et réglementaires qui compensent la charge financière occasionnée par la transmission obligatoire des signaux. Ainsi, le Congrès a accordé aux opérateurs du câble et du satellite un avantage financier en leur délivrant une licence obligatoire pour la retransmission des contenus vidéos protégés par le droit d'auteur à un prix avantageux⁹. En outre, aucune compensation financière supplémentaire ne peut être demandée par un radiodiffuseur privé lorsque les opérateurs du câble et du satellite se conforment aux obligations de distribution¹⁰.

II. La mise en balance du premier amendement et des objectifs de la politique publique

La question de l'obligation de distribution aux Etats-Unis a contraint le Congrès et la FCC à trouver un difficile équilibre dans les décisions prises en la matière. Le premier amendement à la Constitution des Etats-Unis semble interdire de manière absolue toute restriction gouvernementale de la liberté d'expression, mais plusieurs formes d'expression échappent en pratique à cette interdiction, comme les atteintes aux bonnes mœurs et les discours présentant le risque manifeste et actuel d'un comportement illicite immédiat. Les tribunaux ont donné du premier amendement une interprétation différente selon le média qu'ils étaient amenés à examiner. Ainsi, la Cour suprême a avalisé des limitations imposées à la liberté d'expression en termes d'horaire, de lieu ou de forme d'expression dans des situations où le gouvernement était incontestablement fondé à ordonner la suppression partielle de cette liberté d'expression et où les restrictions en question ne visaient pas directement une catégorie spécifique de discours. De plus, la Cour exige du législateur qu'il précise le plus étroitement possible toute restriction, afin d'éviter tout débordement susceptible de limiter ou de corseter les discours autorisés.

Les opérateurs de la télévision par câble et de satellite de radiodiffusion directe bénéficient de la liberté d'expression garantie par le premier amendement quant à la façon dont ils utilisent la capacité de leurs canaux. Aussi pourrait-on penser que l'obligation de distribution constitue une restriction directe relative au contenu, qui doit être solidement motivée par le gouvernement. Les tribunaux ont ainsi jugé raisonnable l'objectif de promotion de la viabilité économique de la télévision hertzienne terrestre fixé par le gouvernement, tant sur le plan de la garantie d'un accès sans abonnement du public que sur celui de la contribution des radiodiffuseurs à l'intérêt public que représentent l'information et la participation de l'électorat.

La nature et la portée du contrôle juridictionnel exercé sur une restriction à la liberté d'expression des médias dépendent de l'application directe ou indirecte de cette même restriction au contenu. La Cour suprême considère l'obligation de distribution "neutre du point de vue du contenu", car la restriction imposée à la liberté d'expression du câble s'applique à un type de signal que les câblo-

8) Voir Christopher S. Yoo, *Rethinking the Commitment to Free, Local Television*, 52 Emory L.J. 1579 (automne 2003) ; Thomas W. Hazlett, *Digitizing "Must-Carry" Under Turner Broadcasting v. FCC* (1997), 8 Sup. Ct. Econ. Rev. 141 (2000).

9) Voir la loi relative au droit d'auteur de 1976, Pub. L. n° 94-553, 90 Stat. 2550, (codifiée 17 U.S.C. § 111 (2000)). Voir également *Competition, Rate Deregulation and the Commission's Policies Relating to the Provision of Cable Television Service*, 67 Rad. Reg. 2d (P&F) 1771 (1990). La loi relative aux téléspectateurs des foyers-satellite (*Satellite Home Viewer Act*) de 1988 a institué une licence obligatoire pour la radiodiffusion par satellite, dont la structure est identique à celle de la licence obligatoire mise en place pour le câble. *Satellite Home Viewer Act* de 1988, Pub. L. n° 100-667, 102 Stat. 3949 (codifiée telle qu'amendée dans divers articles du 17 U.S.C.).

10) Les radiodiffuseurs qui ne choisissent pas l'obligation de distribution peuvent demander, en échange de leur autorisation de retransmission, le versement direct d'un dédommagement supplémentaire aux opérateurs du câble et du satellite. Les dispositions relatives à l'autorisation de retransmission de l'article 325 de la loi relative au câble de 1992, 47 U.S.C. § 325 (2004), interdisent la transmission par les câblo-opérateurs des signaux des stations de télévision commerciales sans le consentement de ces dernières, sauf si les radiodiffuseurs ont retenu l'option de l'obligation de distribution.

opérateurs sont tenus de rediffuser et non à une forme de contenu spécifique transmis par ce signal. En d'autres termes, l'obligation de distribution joue en faveur de la télévision hertzienne, mais ne privilégie pas un type particulier de contenu qui serait produit et diffusé par un radiodiffuseur précis. Lorsque les restrictions imposées à la liberté d'expression garantie par le premier amendement ne portent pas atteinte au contenu ou ne le favorisent pas directement, la Cour applique la règle du "critère intermédiaire" pour apprécier le caractère raisonnable de la restriction et de ses spécificités.

La Cour suprême a défini la règle du critère intermédiaire pour la première fois lorsqu'elle a conclu à la légalité de la peine d'emprisonnement infligée à un opposant à la guerre du Vietnam qui avait brûlé son ordre d'incorporation, alors même que ce dernier entendait ainsi manifester politiquement son opposition au conflit. Le gouvernement ayant pu motiver l'interdiction de la destruction des ordres d'incorporation par des considérations raisonnables, à savoir la gestion efficace de la procédure de conscription, la Cour suprême a confirmé la condamnation pénale, malgré l'expression politique symbolique que revêtait la destruction de cet ordre d'incorporation.

III. L'obligation de distribution numérique ¹¹

Durant la transition de la télévision analogique à la télévision numérique, les radiodiffuseurs terrestres diffusent en principe simultanément dans les deux formats¹². En 2001, la FCC a provisoirement conclu que la "double transmission" obligatoire des deux signaux portait atteinte aux droits de programmation des câblo-opérateurs garantis par le premier amendement :

L'exigence de double transmission fait peser sur les droits des câblo-opérateurs garantis par le premier amendement une charge beaucoup plus lourde que celle qu'impose la poursuite de l'intérêt public substantiel en faveur du maintien des avantages de la télévision hertzienne locale gratuite, de la promotion de la diffusion à grande échelle de l'information à partir de sources multiples et de la promotion de la concurrence loyale sur le marché de la programmation télévisuelle¹³.

Il appartient à la FCC de décider des modifications auxquelles il convient de procéder au vu de la transition vers la télévision numérique, notamment eu égard à la capacité des radiodiffuseurs télévisuels à générer de nombreux contenus de programmes différents dans un canal traditionnel de six mégahertz et compte tenu du fait que les radiodiffuseurs pourront utiliser deux canaux durant cette période de transition¹⁴. La Commission pourrait s'abstenir d'imposer une obligation de transmission par

11) Pour un historique plus complet de l'obligation de distribution, voir Michael M. Epstein, "Primary Video" And Its Secondary Effects On Digital Broadcasting: Cable Carriage of Multiplexed Signals Under the 1992 Cable Act and the First Amendment, 87 Marq. L. Rev. 525 (2004) ; Joel Timmer, Broadcast, Cable and Digital Must Carry: The Other Digital Divide, 9 Comm. L. & Policy 101 (hiver 2004) ; Andrew D. Cotlar, The Road Not Yet Traveled: Why The FCC Should Issue Digital Must-Carry Rules For Public Television "First", 57 Fed. Comm. L.J. 49 (décembre 2004) ; Albert N. Lung, Must-Carry Rules In The Transition To Digital Television: A Delicate Constitutional Balance, 22 Cardozo L. Rev. 151 (novembre 2000).

12) La FCC a attribué aux radiodiffuseurs télévisuels un canal supplémentaire de six mégahertz en vue de faciliter le passage à la télévision numérique. Les deux canaux dont disposent les radiodiffuseurs leur permettent de diffuser simultanément des signaux analogiques et numériques et d'offrir ainsi aux consommateurs la possibilité de prolonger la durée d'utilisation de leurs téléviseurs actuels, ainsi que d'utiliser leurs téléviseurs numériques pour la réception d'émissions télévisuelles améliorées et de haute définition. Voir *Advanced Television Systems and Their Impact upon the Existing Television Broadcast Service, Fifth Report and Order*, 12 F.C.C.R. 12 809, p. 3 (1997). La loi impose aux radiodiffuseurs de renoncer à l'un de leurs deux canaux au plus tard le 31 décembre 2006 ou dès lors que 85 % des ménages disposeront d'un téléviseur numérique. Les licences de radiodiffusion télévisuelle qui autorisent les services de télévision analogique ne pourront être renouvelées pour l'autorisation de ces services au-delà du 31 décembre 2006". 47 U.S.C. § 309(j)(14)(A) (2004). Le délai pourra être prolongé au-delà du 31 décembre 2006 dans l'une des trois situations suivantes: (A) en cas d'absence de radiodiffusion d'un signal numérique par une ou plusieurs stations de ce marché autorisées par l'une des quatre chaînes nationales principales ou affiliées auprès de ces dernières, (B) en cas d'indisponibilité générale d'une technologie de conversion numérique-analogique sur ce marché ou (C) si 15 % ou plus des ménages sur le marché télévisuel ne sont pas abonnés auprès d'un distributeur de programmation vidéo multichaine transmettant le signal de télévision numérique de chacune des stations télévisuelles diffusant en numérique sur le marché et ne disposent pas (1) d'au moins un téléviseur numérique ou (2) d'au moins un téléviseur analogique équipé d'une technologie de conversion numérique-analogique. 47 U.S.C. § 309(j)(14)(B).

13) *Carriage of Digital Television Broadcast Signals*, CS Docket n° 98-120, *First Report and Order and Further Notice of Proposed Rule Making*, 16 FCC Rcd. 2598 (2001).

14) "[I] nous paraît indispensable de rendre un avis supplémentaire sur le projet d'élaboration de la réglementation, qui aborde plusieurs questions cruciales figurant au cœur du débat sur la transmission, y compris, notamment : (1) Les câblo-opérateurs disposeront-ils d'une capacité de canaux suffisante pour transmettre le signal télévisuel numérique d'une station en plus du signal analogique de celle-ci, sans que cela ne les prive d'autres programmations ou services? (2) Les forces du marché fourniront-elles, par le biais d'une autorisation de retransmission, aux abonnés du câble un accès aux signaux télévisuels numériques et aux stations de télévision retransmises sur les systèmes par câble? (3) Quelle incidence la résolution des problèmes de transmission aura-t-elle sur le processus de transition numérique? Les réponses à ces questions et les résultats d'autres recherches permettront d'apporter une solution au problème de la double transmission. L'avis supplémentaire soulève également un certain nombre de questions sur l'applicabilité des règles et des politiques que nous adoptons en la matière aux opérateurs du satellite en vertu de la loi *Satellite Home Viewer Improvement Act* de 1999 ('SHVIA')". Id. 16 FCC Rcd. 2600.

double canal ou n'imposer cette condition qu'à titre transitoire. Il incombera par ailleurs à la FCC de déterminer la part du contenu des radiodiffuseurs qui sera soumise à l'obligation de distribution. Elle a provisoirement décidé de limiter les droits en matière d'obligation de distribution des radiodiffuseurs télévisuels exclusivement numériques à leur seul flux "vidéo principal"¹⁵ et autre "contenu connexe aux programmes"¹⁶.

Réexamen de l'obligation de distribution numérique

Dans une décision récente¹⁷, la FCC s'est prononcée sur la question de savoir si les câblo-opérateurs étaient tenus de rediffuser les signaux à la fois numériques et analogiques d'une station durant la période de transition, lorsque les stations de télévision terrestre continuaient à radiodiffuser des signaux analogiques : il s'agissait en somme de trancher ce que l'on appelle communément le problème de la double transmission. La Commission a également précisé comment elle entendait interpréter la limitation de la transmission du "flux vidéo principal" prévue à l'article 614(b)(3)(A) de la loi relative aux communications pour les stations commerciales et à l'article 615(g)(1) de ce même texte pour les stations non commerciales¹⁸. Le problème de la retransmission en multidiffusion se pose lorsqu'un radiodiffuseur choisit de transmettre des flux de télévision numérique multiples.

La FCC a provisoirement conclu que les câblo-opérateurs n'étaient pas tenus de rediffuser simultanément les signaux analogiques et numériques des radiodiffuseurs. Elle a également réaffirmé sa détermination à ne pas imposer aux câblo-opérateurs d'autres distributions que celles véhiculées par le flux de programmation numérique principal d'un radiodiffuseur précis. La décision de la Commission indique que la double transmission obligatoire ne se justifiait ni par la poursuite des intérêts publics définis par le Congrès et la Cour suprême, ni pour faciliter la transition de l'analogique à la télévision numérique :

Aussi concluons-nous une nouvelle fois à l'ambiguïté de la loi sur la question de la double transmission. Le texte n'impose ni n'exclut la transmission simultanée obligatoire des signaux numériques et analogiques d'une station de télévision. En outre, ni la poursuite des intérêts publics définis par le Congrès lors de l'adoption des articles 614 et 615 et confirmés [par la Cour suprême], ni la réalisation de la transition vers la télévision numérique ne nous paraît nécessiter l'imposition d'une double transmission. Comme aucun élément d'appréciation ni argument avancé ne nous conduit à remettre en cause notre appréciation initiale, nous rejetons les demandes de réexamen formulées sur ce point¹⁹.

15) "[N]otre conclusion est qu'il faut entendre par flux 'vidéo principal' un flux de programmation unique et d'autres contenus relatifs aux programmes. L'arrivée de la télévision numérique offre désormais aux stations de radiodiffusion la possibilité d'inclure dans leur service vidéo toute une gamme de contenus connexes aux programmes. De fait, la radiodiffusion d'un signal numérique peut offrir un contenu vidéo bien plus important que la radiodiffusion en format analogique. Ainsi, la radiodiffusion télévisuelle numérique d'un événement sportif pourrait comprendre de multiples angles de vue parmi lesquels le téléspectateur pourrait faire son choix. La loi envisage, et notre réglementation impose, la transmission obligatoire de ces contenus connexes aux programmes par les câblo-opérateurs. A l'inverse, si un radiodiffuseur numérique choisit de diviser son spectre numérique en plusieurs flux de programmation distincts, indépendants et sans lien entre eux, seul l'un de ces flux sera considéré comme principal et habilité à bénéficier d'une transmission obligatoire. Il appartient au radiodiffuseur de choisir le flux de programmation qui sera son flux vidéo principal et le câblo-opérateur est uniquement tenu de procéder à la transmission obligatoire de ce seul flux désigné". Id. 16 FCC Rcd. 2622.

16) L'avis supplémentaire sur le projet d'élaboration de la réglementation donnera une définition du "contenu connexe aux programmes". Cependant, au vu de son examen de la question dans les systèmes analogiques, la Commission a conclu provisoirement que le matériel diffusé dans l'intervalle de temps qui correspond à la suppression de trame du radiodiffuseur connexe à son contenu vidéo principal bénéficiait de la distribution, contrairement au contenu supplémentaire, tel que le matériel disponible à partir d'Internet. "Premièrement, l'article 614(b)(3) de la loi, intitulé 'Le contenu soumis à distribution', prévoit la distribution intégrale du 'flux vidéo principal' de la station par le câblo-opérateur. Deuxièmement, il impose la distribution du 'matériel audio associé' et de 'la transmission codée de la ligne 21' de chaque station. Troisièmement, l'opérateur est tenu de rediffuser 'dans la limite de ce qui est techniquement réalisable, le contenu connexe aux programmes transmis dans l'intervalle de temps de suppression de trame ou sur les ondes porteuses intermédiaires'. La loi précise que 'la retransmission d'un autre matériel dans l'intervalle de temps de suppression de trame ou d'un autre contenu non connexe aux programmes (y compris le télétexte et les autres services d'information par abonnement et financés par les annonceurs) est à la discrétion du câblo-opérateur". Id. 16 FCC Rcd. 2619 (citation incomplète). "Au vu du libellé de l'article 614(b)(3), le Congrès s'inquiétait de voir la distribution obligatoire se limiter au flux de programmation principal du radiodiffuseur et englober également le contenu connexe décrit ici. Notre intention est de formuler dans l'avis supplémentaire sur le projet d'élaboration de la réglementation des observations sur les paramètres appropriés du contenu 'connexe aux programmes' dans l'environnement numérique". Id. 16 FCC Rcd. 2622.

17) *Carriage of Digital Television Broadcast Signals: Amendments to Part 76 of the Commission's Rules, Second Report and Order and First Order on Reconsideration*, CS Docket n° 98-120, FCC 05-27 (23 février 2005) ; disponible sur : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-27A1.doc [ci-après désigné sous l'intitulé *Digital Must-carry Reconsideration Order*].

18) Voir 47 U.S.C. §§ 534(b)(3)(A), 535(g)(1).

19) *Digital Must-carry Reconsideration Order*, point 13.

La Commission a également réaffirmé la conclusion à laquelle elle était parvenue précédemment au sujet de la multidiffusion numérique: les câblo-opérateurs ne sont pas tenus de retransmettre plus d'un flux de programmation par station de télévision terrestre numérique. Bien que la FCC ait également relevé l'ambiguïté de la langue applicable, au regard de la loi, en matière d'obligation de distribution en multidiffusion, elle a également jugé, au vu des éléments actuels, que cette exigence n'était pas indispensable à la réalisation des objectifs de la loi relative à l'obligation de distribution définis par la Cour suprême:

[L]es éléments actuels ne permettent pas de penser que le fait d'exiger des câblo-opérateurs qu'ils retransmettent plus d'un flux de programmation par station de télévision numérique contribuerait à promouvoir "la diffusion à grande échelle de l'information à partir de sources multiples". La présence des radiodiffuseurs sur les systèmes par câble est assurée par l'obligation de distribution d'une chaîne unique. L'ajout de chaînes supplémentaires d'un même radiodiffuseur n'accroîtrait pas la diversité des sources. En outre, une programmation passée de la chaîne principale d'un radiodiffuseur à une chaîne en multidiffusion de ce même radiodiffuseur ne favoriserait pas la diversité des sources d'information. De fait, la multidiffusion obligatoire réduirait sans doute la capacité d'autres voix indépendantes à se faire entendre sur le système par câble²⁰.

IV. Obligation de radiodiffusion – les opérateurs de satellite de radiodiffusion directe

La *Satellite Home Viewer Improvement Act* (loi relative à l'amélioration de la situation des téléspectateurs des foyers-satellite)²¹, communément désignée par l'acronyme SHVIA, offre aux particuliers résidant dans les zones rurales privées d'un accès à la télévision hertzienne terrestre²² la possibilité de visionner jusqu'à deux stations affiliées à chaque réseau par l'intermédiaire d'un service de satellite de radiodiffusion directe ("DBS")²³. Un amendement de 1999²⁴ a attribué aux opérateurs de DBS une licence d'exploitation officielle identique à celle délivrée aux câblo-opérateurs pour la retransmission des programmes locaux. Les opérateurs de DBS étaient autrefois autorisés à retransmettre les signaux de télévision locale sans avoir obtenu du radiodiffuseur concerné une autorisation préalable de retransmission et sans être tenus de mettre à disposition l'ensemble des stations pouvant se prévaloir de l'obligation de radiodiffusion.

Depuis le 1^{er} janvier 2002, la loi SHVIA impose aux opérateurs de DBS d'obtenir une autorisation de retransmission auprès des stations de radiodiffusion locales pour la distribution de ces dernières dans les zones où les téléspectateurs pouvaient recevoir directement les signaux, distribution communément qualifiée de "retransmission locale de chaînes locales". Les opérateurs de DBS sont également tenus depuis le 1^{er} janvier 2002²⁵ de rediffuser, sur demande²⁶, les signaux de l'ensemble des stations de radiodiffusion télévisuelle d'un marché local donné lorsqu'ils optent pour la transmission de l'une d'entre elles²⁷. Le Congrès a imposé que la diffusion d'une chaîne oblige à diffuser toutes les autres,

20) *Digital Must-carry Reconsideration Order*, point 39.

21) *Satellite Home Viewer Improvement Act* de 1999, Pub. L. n° 106-113, 113 Stat. 1501, 1501A-526 à 1501A-545, codifiée au 47 U.S.C. § 338. La SHVIA a modifié la *Satellite Home Viewer Act* (loi relative aux téléspectateurs des foyers-satellite) de 1988, Pub. L. n° 100-667, 102 Stat. 3949, qui attribuait aux opérateurs de DBS une licence d'exploitation restreinte pour la retransmission des signaux des stations de télévision hertzienne diffusées sur des réseaux lointains au profit exclusif des ménages qui n'étaient pas en mesure de recevoir un signal hertzien satisfaisant par l'intermédiaire d'une antenne de toit classique.

22) L'accès par DBS au contenu local est uniquement disponible pour les abonnés situés dans des zones privées d'accès à un signal de télévision hertzienne de "niveau B" par une antenne de toit et qui n'ont pas reçu les programmes des chaînes affiliées au réseau local le plus proche au cours des quatre-vingt-dix derniers jours via la télévision par câble.

23) La loi SHVIA a modifié la loi relative au droit d'auteur, 17 U.S.C. § 119(d)(2), en instituant une licence d'exploitation officielle restreinte pour la distribution, par les opérateurs du satellite, des signaux de télévision hertzienne dans les zones non desservies.

24) Pub. L. 106-113, 113 Stat. 1501, Annexe 1, codifié dans divers articles des 17 et 47 U.S.C. (1999).

25) 47 U.S.C. § 338(a)(3).

26) Les radiodiffuseurs sont tenus de supporter la charge financière que représente la transmission d'un signal de bonne qualité vers le DBS, que ce soit par onde hyperfréquence, fibre optique ou lignes louées. Voir *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999: Broadcast Signal Carriage Issues*, 16 FCC Rcd. 16 544 (2001) ; *KVMD Acquisition Corp. v. DirecTV, Inc.*, 16 FCC Rcd. 22 040 (2001).

27) L'article 325(b)(3)(C) de la loi relative aux communications, 47 U.S.C. §325(b)(3)(C), impose aux opérateurs de satellite d'obtenir une autorisation de retransmission pour les signaux radiodiffusés locaux qu'ils transmettent; il exige par ailleurs des radiodiffuseurs qu'ils négocient de bonne foi jusqu'en 2006 avec les opérateurs de satellite et les autres distributeurs de programmation vidéo multichaine pour la retransmission des signaux des radiodiffuseurs et interdit à ces derniers de consentir des contrats de retransmission exclusive.

afin d'éviter que les opérateurs de satellite de radiodiffusion directe ne se contentent de sélectionner et de diffuser les stations affiliées à un même réseau, car cette attitude lui paraissait préjudiciable à la viabilité de l'ensemble des opérateurs de stations de télévision hertzienne. Les dirigeants des stations de télévision hertzienne devront désormais choisir entre l'autorisation de retransmission et l'obligation de distribution pendant une durée de trois ans; la première période s'étend en fait sur quatre ans et court jusqu'en 2006, si bien que le nouveau cycle coïncidera avec la date à laquelle les câblo-opérateurs renégocieront les droits de transmission des signaux avec les radiodiffuseurs de la télévision terrestre.

La FCC autorise également le maintien en vigueur des contrats privés relatifs au droit d'auteur négociés en dehors de la procédure prévue par la loi. Les radiodiffuseurs ne peuvent cependant conclure un contrat d'exclusivité pour la transmission de leurs signaux par un opérateur de DBS; radiodiffuseurs et opérateurs de DBS sont tenus de faire preuve de bonne foi dans leurs négociations sur le contenu de l'obligation de distribution et de l'autorisation de retransmission. La FCC recourt à un double critère pour déterminer si ces négociations se sont déroulées dans le respect de la bonne foi et des règles de procédure: elle apprécie notamment la volonté de négocier et de parvenir à un accord sans se cantonner à une unique proposition à prendre ou à laisser, ainsi que "l'intégralité" des circonstances particulières²⁸.

Leur capacité à retransmettre localement les chaînes locales confère aux opérateurs de DBS une compétitivité égale à celle des câblo-opérateurs en termes d'accès au contenu de la télévision hertzienne et de fourniture de ce même contenu²⁹. Les opérateurs de DBS ont cependant contesté la constitutionnalité de l'obligation de distribution, comme l'avaient fait avant eux les câblo-opérateurs. Les opérateurs de DBS se sont également opposés aux conditions d'offre et de prix des chaînes locales que leur a imposées la FCC.

Dans l'arrêt *Satellite Broadcasting and Communications Association v. FCC*, 275 F.3d 337 (4^e Cir. 2001), la cour d'appel de la quatrième circonscription a rejeté les objections constitutionnelles soulevées par les opérateurs de DBS d'une façon assez voisine de celle employée par la Cour suprême pour rejeter les objections des câblo-opérateurs à l'égard de l'obligation de distribution dans l'arrêt *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 114 S.Ct. 2445 (1994) (Turner-I) et 520 U.S. 180, 117 S.Ct. 1174 (1997) (Turner-II). La cour d'appel a admis que le choix des chaînes et des contenus par les opérateurs de DBS et les câblo-opérateurs relevait de la liberté d'expression garantie par le premier amendement. Mais elle a appliqué la jurisprudence établie par la Cour suprême dans les affaires Turner: le maintien d'une télévision hertzienne "gratuite" constitue une mesure neutre du point de vue du contenu qui ne soumet la liberté d'expression qu'à une contrainte occasionnelle, acceptable au regard du critère intermédiaire applicable au premier amendement. La cour a estimé que l'imposition d'une obligation de transmission aux opérateurs de télévision par satellite allait dans le sens d'un intérêt public important, défini de manière restrictive :

- 1) préserver la multiplicité des chaînes locales ;
- 2) empêcher que la délivrance d'une licence d'exploitation obligatoire ne réduise la concurrence de la télévision hertzienne; cette situation pourrait se produire si les opérateurs de DBS privaient leurs clients d'un accès aux stations de radiodiffusion hors réseau.

La cour d'appel a également réaffirmé les dispositions d'application de la loi SHVIA définies par la FCC, notamment les règles qui limitent les options commerciales des opérateurs de DBS proposant les stations locales sous la forme soit d'un ensemble complet à un prix forfaitaire, soit d'un choix à la carte de stations précises.

28) Voir *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act de 1999*, 15 FCC Rcd. 5445 (2000); *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999: Enforcement Procedures for Retransmission Consent Violations*, 15 FCC Rcd. 2522 (2000); *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999: Retransmission Consent Issues*, CS Docket n° 99-363, premier rapport et directive, 15 FCC Rcd 5445 (2000), réexamen partiel accordé, 16 FCC Rcd 15599 (2001); *Implementation of Section 207 of the Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act of 2004, Reciprocal Bargaining Obligations*, MB Docket n° 05-89, *Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 05-49, 2005 WL 524926 (7 mars 2005) (propose d'étendre les exigences de négociation de bonne foi aux distributeurs de programmation vidéo multichaine).

29) Les opérateurs de DBS sont soumis aux mêmes restrictions en matière d'accès au contenu que les câblo-opérateurs, y compris aux règles de non-reproduction des réseaux, d'exclusivité souscrite et des *Sports Blackout Rules* (règle qui protège les droits exclusifs de distribution d'un événement sportif local d'une équipe ou d'une ligue). *Implementation of the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999: Application of Network Non-Duplication, Syndicated Exclusivity, and Sports Blackout Rules To Satellite Retransmissions of Broadcast Signals*, Docket n° CS Docket n° 00-2, Rapport et directive, 15 FCC Rcd. 21 688 (2000), en réexamen, 17 FCC Rcd. 27,875 (2002). Ces règles protègent les droits contractuels exclusifs qui ont été négociés entre les fournisseurs de programmes et les radiodiffuseurs ou autres titulaires de droits. Les systèmes du câble et du satellite sont susceptibles de représenter une menace pour ces droits contractuels exclusifs, car ils peuvent importer une programmation identique depuis des sources lointaines qui échappent au contrôle des cocontractants.

1. La loi de prolongation et de réautorisation relative aux téléspectateurs des foyers-satellite

La loi de prolongation et de réautorisation relative aux téléspectateurs des foyers-satellite (*Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act*³⁰ – “SHVERA”), adoptée par le Congrès et promulguée par le Président en 2004, prolonge jusqu’en 2010 la licence d’exploitation obligatoire des opérateurs de DBS pour la fourniture des stations locales et lointaines du réseau de radiodiffusion, y compris les superstations, c’est-à-dire les principales stations de télévision hertzienne terrestre dont le contenu peut également être transmis par les systèmes de télévision par câble. La loi SHVERA offre aux opérateurs de DBS des possibilités presque équivalentes à celles des opérateurs de la télévision par câble en matière d’accès aux chaînes de la télévision hertzienne et de fourniture de ces dernières. Elle autorise la transmission par satellite des signaux lointains émis par les réseaux de radiodiffusion analogique dans les cent premiers marchés locaux en mai 2006, ainsi que des signaux lointains émis par les réseaux et les superstations qui comptent un nombre important de téléspectateurs. A quelques rares exceptions près, les opérateurs de DBS pourront proposer en 2007 leurs services sur les marchés locaux restants, sous réserve qu’aucun signal numérique local ne soit disponible et que le signal lointain ne provienne pas d’une station dont l’activité s’exerce dans un autre fuseau horaire. La loi impose également aux opérateurs de DBS de transmettre tous les signaux de radiodiffusion terrestre locale à une unique antenne parabolique de réception.

La loi SHVERA a également révisé les tarifs des droits d’auteur et établi une nouvelle procédure de réajustement du montant des redevances des licences d’exploitation obligatoires du câble et du satellite. Le texte remanie les conditions et les options de l’autorisation de retransmission, notamment en imposant à l’ensemble des distributeurs de programmation vidéo multichaine (“MVPD”) une nouvelle exigence de bonne foi dans leurs négociations. Il impose à la FCC de réaliser des études et des rapports sur les règles de mesure et de transmission des signaux; il charge en outre le *Copyright Office* d’évaluer l’incidence de la procédure de licence d’exploitation obligatoire sur les propriétaires de programmes et de formuler des recommandations sur les modifications qu’il convient d’apporter.

2. Possibilités accrues d’importation des signaux

La loi SHVERA offre aux opérateurs de DBS de meilleures possibilités d’importation des signaux de radiodiffusion lointains, d’une part, dans les marchés privés de la retransmission locale par les chaînes locales des signaux émis à proximité immédiate et, d’autre part, dans les localités qui ne sont pas desservies par les signaux des réseaux de radiodiffusion terrestre. Les opérateurs de DBS disposent désormais d’une licence d’exploitation obligatoire, qui permet la retransmission des signaux des réseaux lointains aux ménages non desservis, ainsi que la retransmission des superstations à tout abonné, sans autorisation de retransmission du radiodiffuseur, mais en échange du versement de droits d’auteur. La loi autorise la retransmission de signaux locaux et de signaux lointains “regardés par un nombre important de téléspectateurs”, y compris les signaux des réseaux numériques lointains.

Dans les zones dépourvues de réception directe, les opérateurs de DBS peuvent continuer à fournir les signaux de réseaux lointains aux abonnés qui les recevaient légalement au 1^{er} janvier 2005, même si un ensemble local de signaux de réseaux voisins était, est ou devient disponible. Les opérateurs de DBS peuvent entreprendre la fourniture de signaux de réseaux lointains après le 1^{er} janvier 2005, et ce aussi longtemps qu’aucun ensemble de signaux de réseaux locaux voisins ne sera disponible par satellite. Les opérateurs de DBS peuvent importer les signaux des réseaux lointains, pour autant que la station affiliée au réseau local le plus proche renonce à se prévaloir de son droit d’interdire l’importation des signaux lointains. Toutefois, les opérateurs de DBS ne peuvent fournir de signaux de réseaux lointains à de nouveaux abonnés si un signal local voisin devient disponible par le biais du satellite.

30) La loi SHVERA a été présentée devant la Chambre des représentants sous la référence H.R.4501, mais elle a été adoptée en tant que Titre IX de l’ensemble législatif relatif aux dépenses publiques de 2005. Voir la *Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act* de 2004, Pub. L. n° 108-447, § 202, 118 Stat 2809, 3393 (2004) (qui sera codifiée sous la référence 47 U.S.C. § 340. La loi SHVERA a été promulguée le 8 décembre 2004 sous le titre IX de la loi de finances récapitulative de 2005. Elle a étendu la licence réglementaire aux transmissions secondaires sur la base des articles 17 U.S.C § 119 (émissions des réseaux lointains et superstations) et 17 U.S.C §122 (signaux de radiodiffusion locale) et a modifié la loi relative aux communications de 1934 en matière d’obligation de distribution, d’autorisation de retransmission, de transmission de signaux et de radiodiffusion. Voir également Chambre des représentants, 108^e Congrès, deuxième session, House Rpt.108-634, *Satellite Home Viewer Extension And Reauthorization Act* de 2004 (22 juillet 2004) ; disponible sur : http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_reports&docid=f:hr634.108.pdf

3. Retransmission des signaux de réseaux numériques lointains

La loi SHVERA permet également aux opérateurs de DBS de retransmettre les signaux de réseaux numériques lointains dans les "zones blanches numériques", lorsque le radiodiffuseur du réseau le plus proche ne propose pas actuellement de contenu numérique ou lorsqu'il n'existe aucune réception directe satisfaisante. De plus, si un abonné du satellite recevait des signaux numériques lointains avant l'entrée en vigueur de la loi SHVERA, cette réception peut se poursuivre, même en cas de mise à disposition d'un ensemble numérique local. Lorsque des abonnés du satellite répondent aux conditions requises pour la réception des signaux numériques lointains, mais qu'ils sont situés dans une zone où des signaux analogiques locaux sont mis à disposition par un opérateur de DBS, les opérateurs de satellite pourront retransmettre les mêmes signaux numériques lointains ou des signaux émis dans un fuseau horaire postérieur, à compter du 30 avril 2006 dans les cent premiers marchés et à partir du 15 juillet 2007 dans les marchés restants, à condition que l'abonné choisisse également auprès de l'opérateur de DBS le contenu analogique ou par la suite numérique de la station locale affiliée. Les abonnés du satellite devront renoncer au signal lointain lorsqu'un radiodiffuseur voisin proposera un contenu numérique qu'ils pourront recevoir directement de manière satisfaisante.

V. Conclusion

Les obligations de distribution perdureront aux Etats-Unis, même dans un environnement numérique convergent et malgré le regain d'intérêt pour la dérégulation et la confiance accordée aux forces du marché. Les élus ont conscience de la puissante influence que les médias de radiodiffusion terrestre continuent d'exercer sur l'électorat et les élections. L'obligation de distribution conserve à la radiodiffusion sa place d'important média et préserve la relation symbiotique entre les médias et les responsables politiques.

L'avenir de la notion d'obligation de distribution

De l'obligation de distribution à la notion de service universel dans le secteur des "infocommunications"

Peggy Valcke¹

ICRI-IBBT de l'Université catholique de Louvain
et Université catholique de Bruxelles

Avec la collaboration de David Stevens et d'Eva Lievens (ICRI-IBBT)

Introduction

Le débat sur la notion d'obligation de distribution relèvera-t-il de l'anachronisme à l'ère du numérique²? Les tenants de cette hypothèse avancent que, dans un environnement de réseaux concurrents où les câblo-opérateurs auront remédié à l'insuffisance de capacités, il est très peu probable qu'un réseau refuse de transmettre ou de retransmettre des chaînes qui rendraient son offre plus attrayante. C'est pourquoi, affirment-ils, les obligations de distribution garantissant l'accès de certaines chaînes de la radiodiffusion (essentiellement de service public) à des réseaux de transmission sont désormais inutiles, les objectifs poursuivis pouvant très bien être atteints grâce à la négociation commerciale...

Défendue par des représentants du secteur des communications électroniques et par certains spécialistes de la question, cette idée alimente également la réflexion au sein de la Commission européenne. Le libellé de l'article 31 de la Directive "Service universel"³ ("obligations raisonnables", "nécessaire pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis", "proportionnées", "soumises à un réexamen périodique") suggère que l'intention était de *restreindre* l'application de l'obligation de distribution, voire d'y renoncer progressivement, plutôt que de l'encourager.

Ainsi, la Commission a peut-être été surprise de constater que des Etats membres dans lesquels les obligations de distribution n'étaient pas en vigueur jusque-là ont profité de la transposition du

1) Peggy Valcke est chercheuse post-doctorale du Fonds pour la recherche scientifique (Flandre) à l'ICRI-IBBT de l'Université catholique de Louvain. Le *Interdisciplinair Centrum voor Recht & ICT* (Centre interdisciplinaire pour le droit et les technologies de l'information - ICRI) de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain fait partie de l'*Institute for BroadBand Technology (IBBT)*, un centre de recherche interdisciplinaire fondé par le Gouvernement flamand. Il centralise les compétences techniques, socio-juridiques et économiques des universités flamandes dans le domaine de la recherche en technologies de l'information et des communications (ICT), notamment en ce qui concerne l'application de la technologie à large bande. Sites: <http://www.icri.be> ; <http://www.ibbt.be>

Peggy Valcke est également professeur de droit des médias à l'Université catholique de Bruxelles et notamment dans le cadre du programme post-grade sur la propriété intellectuelle;

<http://www.kubruessel.ac.be/onderwijs/rechten/manama/ir/index.htm>

Elle travaille également comme expert pour Geert Bourgeois, le ministre flamand des Médias.

Les opinions exprimées dans cette communication sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les positions du Gouvernement flamand.

2) Nous tenons à remercier chaleureusement Monica Ariño Gutierrez (Institut universitaire européen; PCMLP Oxford) des discussions stimulantes que nous avons eues avec elle et pour avoir accepté de co-rédiger l'article *The future (or non-future) of must-carry*, publié par OfcomWatch après l'atelier organisé par l'ITViR/OEA à Amsterdam le 9 avril 2005. Des extraits de cet article – qui est disponible sur <http://www.ofcomwatch.co.uk/2005/04/future-or-non-future-of-must-carry> – ont été intégrés à cette communication (erreurs ou omissions sont le fait de l'auteur).

3) Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (Directive "Service universel"), Journal officiel n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51 – 77.

nouveau cadre réglementaire pour en introduire⁴. Il semblerait en outre que l'article 31 ne permette pas d'atteindre le degré d'harmonisation recherché. Une comparaison des régimes actuels de distribution dans les Etats membres⁵ révèle que d'importantes disparités continuent d'exister s'agissant du nombre et de la nature des chaînes au bénéfice de l'obligation de distribution, des types de réseaux qui y sont soumis et de son financement (coûts d'acheminement et régime de droit d'auteur).

L'idée selon laquelle il incombe au gouvernement d'assurer la mise à disposition universelle de contenus satisfaisant des objectifs d'intérêt général est largement répandue en Europe, soulignent les partisans de règles relatives à l'obligation de distribution. A cet égard, le débat en cours sur la radiodiffusion de service public ne prouve-t-il pas que les Etats membres restent très réticents, voire qu'ils refusent catégoriquement d'abandonner la notion de contenus audiovisuels financés publiquement et disponibles universellement⁶? Pour les Etats membres, l'introduction d'obligations de distribution semble logique et nécessaire au niveau de la *transmission* afin de répondre à des objectifs d'intérêt public au niveau du *contenu*. On propose aussi de soumettre les fournisseurs de contenus à des "obligations d'offre" pour contrebalancer les obligations de distribution, qui relèveraient ainsi à l'ère numérique de la notion plus vaste d'"obligation de service universel s'agissant du contenu".

Cette idée est controversée. Comme nous l'avons déjà souligné, nombreux sont les détracteurs de la notion même d'obligation de distribution, qui est considérée comme une distorsion grave du marché, d'autant plus inutile dans un environnement numérique comprenant plusieurs plateformes.

La notion d'obligation de distribution devrait néanmoins rester un sujet de discussion important au cours des prochaines années. Pour stimuler le débat sur la nature et le rôle futurs des obligations de distribution, nous proposons ici un modèle d'analyse à plusieurs niveaux, pouvant servir de base à l'élaboration des futurs régimes de distribution⁷.

Notre hypothèse de départ est que les gouvernements considèrent qu'il leur incombe de garantir à tous les citoyens un accès à une offre spécifique et minimale de services d'information à un prix abordable ("offre de base"), même dans une ère de flux d'information et de capacités de transmission abondants. Aussi les règles relatives à l'obligation de distribution dans le secteur des médias relèvent-elles, selon nous, de la notion plus vaste de "service universel s'agissant du contenu".

Cependant, nous n'étudierons pas les avantages et les inconvénients des obligations de distribution. Les différents participants à ce débat, qu'il s'agisse de partisans ou de détracteurs, contribueront sans aucun doute pleinement à sa vitalité (comme ce fut le cas lors de la table ronde organisée à Amsterdam). Je leur laisse le soin de prendre position sur les aspects économiques ou juridiques.

Plutôt que de nous pencher sur la notion même d'obligation de distribution (et de nous interroger sur son avenir), nous souhaitons mettre à disposition des décideurs politiques, qui adhèrent à l'idée de la retransmission obligatoire, une liste de contrôle permettant d'élaborer des règles de distribution cohérentes et efficaces. En d'autres termes, nous proposons ici de définir ce à quoi un tel régime pourrait et/ou devrait ressembler, dans l'hypothèse où la notion d'obligation de distribution devait perdurer.

Après une présentation succincte des vides juridiques qui subsistent dans les régimes de distribution en vigueur, nous esquisserons un modèle d'analyse permettant de redéfinir la notion d'obligation de distribution à l'ère numérique. Nous procéderons ensuite à une étude de cas illustrant la transposition de ce modèle dans la pratique, en l'occurrence la législation de la Communauté française de Belgique. Enfin, nous résumerons les enjeux fondamentaux posés par les futures générations de régimes de distribution afin de susciter un débat au niveau national et européen.

4) Pour l'approche adoptée au Royaume-Uni, consulter les propositions de l'Ofcom, qui a défini les obligations de distribution s'appliquant à la transmission terrestre: http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/bcast_trans_serv/must_carry/must_carry.pdf

5) Voir la communication de Thomas Roukens dans cette édition d'*IRIS Spécial*.

6) Aucun Etat membre ne remet en question la notion même de service public de la radiodiffusion. Au contraire, la majorité des pays européens reste attachée à l'existence d'un radiodiffuseur public de poids qui garantit la fourniture de contenus très variés par différentes, voire toutes, les plateformes.

7) S'il peut paraître théorique à première vue, ce modèle s'est avéré efficace et viable, ayant servi lors de l'élaboration de la nouvelle législation relative à l'audiovisuel de la Communauté française de Belgique.

I. Les vides juridiques : où le bât blesse aujourd’hui dans la notion d’obligation de distribution

- *Le bénéfice de l’obligation de distribution est-il accordé à des radiodiffuseurs qui auraient de toute façon accès aux infrastructures de transmission ?*

En Europe, les obligations de distribution sont généralement accordées à des radiodiffuseurs de service public et à des chaînes locales. Quel opérateur de câble s’opposerait aujourd’hui à l’inclusion des programmes de ces radiodiffuseurs dans son offre ? Aucun, selon nous, étant donnée la popularité de la radiodiffusion de service public et des chaînes locales.

Pourtant, la Commission européenne s’est fermement opposée à l’introduction, en Flandre, de règles relatives à l’obligation de distribution qui auraient bénéficié à de nouvelles chaînes privées, comme le proposait la Communauté flamande⁸ dans son décret sur la radiodiffusion du 7 mai 2004⁹. Le Gouvernement de la Communauté flamande voulait accorder aux nouveaux radiodiffuseurs le bénéfice d’une obligation de distribution *temporaire* (c’est-à-dire pendant deux ans à compter du début de leur activité). Cette mesure visait à leur donner le temps nécessaire pour s’imposer, conquérir des parts de marché afin d’être capables, après la fin de leur statut spécial, de négocier sur des bases purement commerciales l’accès aux réseaux des câblo-opérateurs. L’intention du gouvernement était de stimuler la conception de nouveaux programmes en Flandre et de protéger équitablement les intérêts des fournisseurs de contenus et ceux des câblo-opérateurs.

Cependant, la Commission a jugé que cette mesure était motivée par des considérations économiques et non culturelles et le Gouvernement de la Communauté flamande a dû abandonner le projet. Conséquence : en Flandre, les chaînes de la radiodiffusion de service public et les chaînes locales, dont l’audience est déjà considérable, bénéficient de l’obligation de distribution alors que l’accès au câble leur est garanti de toute façon. Ce privilège est refusé aux nouvelles chaînes, qui pourraient tout autant contribuer à la promotion et au développement de la culture et de la langue locales.

L’obligation de distribution profite-t-elle aux mauvais radiodiffuseurs ? Telle est la première question – quelque peu provocatrice, certes – à laquelle nous essayerons de répondre.

- *L’obligation de distribution frappe-t-elle des opérateurs qui autoriseraient de toute façon l’accès à leur réseau ?*

Les règles relatives à l’obligation de distribution s’appliquent traditionnellement aux opérateurs de la télévision par câble. Depuis l’entrée en vigueur de la Directive “Service universel”, elles ne peuvent être imposées qu’aux fournisseurs dont le réseau est utilisé par “un nombre significatif d’utilisateurs finals qui utilisent ces réseaux comme leurs moyens principaux de réception d’émissions de radio ou de télévision”.

Les législateurs souhaitant assurer la mise à disposition universelle de contenus spécifiques ne devraient pas, selon nous, focaliser leur attention sur les seuls réseaux dotés d’une capacité suffisante (surtout après le basculement de l’analogique au numérique) pour permettre la transmission d’un nombre important de chaînes en complément de celles qui bénéficient de l’obligation de distribution.

La menace, si c’en est une, ne viendrait-elle pas plutôt des nouveaux acteurs de la radiodiffusion numérique, comme les compagnies téléphoniques proposant un abonnement à la télévision via l’ADSL ou les fournisseurs exploitant un multiplex unique sur un réseau numérique terrestre ? N’est-ce pas le seul picorage qui intéresse ces sociétés, qui ne proposent qu’une offre minimale de contenus de qualité, mettant par conséquent en péril la mission des radiodiffuseurs publics investis d’un mandat de service universel ?

8) Il s’agit de la partie nord, néerlandophone de la Belgique.

9) *Decreet 7 mei 2004 houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie, Belgisch Staatsblad / Moniteur Belge, 8 août 2004.* Ce décret transpose les dispositions concernant la transmission de la radiodiffusion des directives européennes sur les réseaux et services de communications électroniques dans la législation de la Communauté flamande.

- *A l'avenir, l'obligation de distribution sera-t-elle dissociable de l'obligation d'offre ?*

Le troisième vide juridique dans le régime de distribution actuellement en vigueur est mis en évidence par les efforts récemment déployés par certains opérateurs de télécommunication, pour persuader leur gouvernement de la nécessité d'étendre le champ d'application des obligations de distribution des opérateurs de la télévision par câble aux réseaux de communications électroniques fixes (ou du moins au réseau téléphonique public commuté). Cela peut paraître curieux. Qu'est-ce qui pourrait inciter les compagnies téléphoniques à se soumettre à l'obligation de distribution? La réponse à cette question est simple: il s'agit pour elles d'avoir accès aux chaînes de télévision locales à succès qui pourraient être tentées de conclure des partenariats exclusifs avec des opérateurs de plateformes concurrents.

Afin de mieux comprendre les enjeux, il convient d'évoquer le contexte d'élaboration du décret du 7 mai 2004 avant sa présentation au Parlement flamand. On s'est alors interrogé sur l'opportunité d'appliquer les obligations de distribution de manière "technologiquement neutre", ce qui aurait contraint les opérateurs de la télévision par câble, mais aussi les opérateurs d'autres réseaux de communications électroniques, de distribuer des chaînes de radio et de télévision spécifiques, immédiatement après l'entrée en vigueur du décret et indépendamment du nombre d'abonnés. Ce cadre réglementaire aurait vraisemblablement profité à Belgacom¹⁰, qui cherchait un moyen d'accéder aux contenus des radiodiffuseurs flamands jouissant d'une large audience (notamment ceux de VMMA¹¹), en raison des rumeurs (persistantes) sur l'existence d'un partenariat exclusif liant cette radio privée au câblo-opérateur Telenet dans le domaine de la télévision numérique¹². Belgacom se serait clairement retrouvé dans une situation concurrentielle désavantageuse au moment où elle aurait lancé sa propre plateforme de télévision numérique¹³. Or les règles relatives à l'obligation de distribution auraient permis à l'opérateur d'accéder à ces contenus. En effet, sous l'ancien régime de distribution¹⁴, les radiodiffuseurs flamands privés proposant des chaînes dites d'intérêt général¹⁵ (telles que la chaîne VT4, diffusée par SBS, et les chaînes populaires VTM, Kanaal2 et JimTV, diffusées par VMMA) étaient soumises à l'obligation de distribution. Si Belgacom avait eu l'obligation de (re)transmettre ces chaînes, l'opérateur aurait implicitement bénéficié du droit d'inclure dans son offre de programmes les chaînes flamandes les plus regardées¹⁶. Les obligations de distribution lui auraient ainsi permis d'accéder aux contenus (contrairement au fondement de ces règles, qui est de garantir l'accès aux réseaux). Bien que Belgacom n'ait jamais eu l'occasion de mettre cette stratégie à l'épreuve¹⁷, les questions quant à la légitimité et au caractère approprié de la démarche demeurent.

Un scénario analogue pourrait se produire s'agissant de l'accès aux programmes des radiodiffuseurs publics. Que se passerait-il si certaines chaînes numériques ou certains services de radiodiffuseurs publics étaient distribués exclusivement par l'une des nombreuses plateformes concurrentes¹⁸? Pour répondre à cette question, il suffit de se rappeler les débuts du site d'information de VRT, le radiodiffuseur de service public flamand¹⁹: l'accès aux flux vidéo était alors réservé aux seuls clients de Belgacom Skynet²⁰.

10) Il s'agit du principal opérateur belge de télécommunications; site: <http://www.belgacom.be>

11) Vlaamse Media Maatschappij; site: <http://www.vmma.be>

12) Notons que la probabilité et l'étendue d'une coopération aussi exclusive restent incertaines, l'une des conditions imposées par le Conseil belge de la concurrence à la fusion Telenet/Canal+ étant que "Telenet ne peut conclure des contrats de distribution exclusive avec les chaînes transmettant en clair susmentionnées qui sont actuellement diffusées par ses réseaux câblés (...)" (traduit du néerlandais); Conseil de la concurrence, décision n° 2003 - C/C - 89 du 12 novembre 2003.

13) Le manque à gagner devrait être compensé par les revenus tirés des droits exclusifs de retransmission du Championnat de Belgique de football, récemment acquis par Belgacom.

14) En vigueur avant le 7 mai 2004.

15) Ces chaînes proposent une grande variété de contenus (information, divertissement, culture, sport, éducation) pour différents publics cibles et diffusent au moins deux bulletins d'information quotidiens préparés par des journalistes indépendants (articles 65-70 *Gecoördineerde Decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, Belgisch Staatsblad / Moniteur*, 8 avril 2005).

16) Il s'agit des programmes du radiodiffuseur public VRT, des chaînes locales et des chaînes de VMMA.

17) En effet, les règles relatives à l'obligation de distribution ne s'appliquent plus aux chaînes commerciales d'intérêt général et l'option d'étendre leur champ d'application à Belgacom n'a jamais été retenue par le législateur flamand (cela contreviendrait à l'article 31 de la Directive "Service universel", du moins tant que le réseau Belgacom n'est pas utilisé pour la réception de contenus de radiodiffusion par un nombre significatif d'abonnés).

18) Par exemple parce qu'ils auraient été coproduits avec l'opérateur de la plateforme télévisuelle, très attaché par conséquent à l'exclusivité.

19) www.vrtnieuws.net

20) Les clients d'autres fournisseurs d'accès Internet, tels que Telenet ou Tiscali, en étaient exclus (en raison de discussions portant sur les coûts occasionnés par la capacité du serveur). Bien que Telenet ait accepté de prendre en charge les frais d'hébergement du site d'information quelques semaines après sa mise en ligne, les clients d'autres fournisseurs de services Internet n'étaient toujours pas en mesure de recevoir les flux vidéo. Il a fallu que VRT paye les frais d'hébergement des serveurs pour que tous les internautes (belges) bénéficient d'un accès équitable aux contenus du site d'information.

Que se passerait-il, en outre, si les opérateurs de téléphonie mobile exerçaient des pressions sur les radiodiffuseurs publics afin de les inciter à mettre les services d'information à la disposition exclusive de leurs clients et non des réseaux concurrents? Et si certains opérateurs mobiles n'investissaient pas dans les infrastructures techniques et les réseaux et/ou les capacités de stockage requises pour pouvoir proposer de tels services à leurs abonnés (par exemple parce que leur stratégie commerciale est axée sur l'offre de tarifs téléphoniques à bas coût et non de services de contenus)? Les radiodiffuseurs publics devraient-ils, dans ce cas, assumer seuls la charge financière qu'implique une présence sur *toutes* les plateformes (pour remplir leur mission de service universel)? Ou la question de leur présence ou de leur absence sur une multitude de plateformes est-elle d'ordre purement commercial (donc fonction de la situation financière et de la stratégie mise en œuvre par les opérateurs de réseaux)?

Pour résumer, nous pensons que les opérateurs de réseaux (qui sont à l'affût de chaînes et de services permettant d'attirer plus d'abonnés) sont actuellement tributaires des fournisseurs de contenus, et non l'inverse (comme ce fut le cas à l'ère analogique, lorsque les capacités de transmission étaient insuffisantes). Par conséquent, on peut se demander si certains fournisseurs de contenus ne devraient pas être soumis à des obligations d'offre pour contrebalancer les obligations de distribution imposées aux opérateurs de réseaux.

- La complexité croissante du paysage audiovisuel

Le paysage audiovisuel, qui a donné naissance au régime de distribution initial, a considérablement changé. L'obligation de distribution ne peut plus être considérée comme une simple extension du mandat de service universel des radiodiffuseurs publics aux opérateurs du câble. Le passage au numérique, la libéralisation et la convergence des télécommunications et de la radiodiffusion se traduisent aujourd'hui par la multiplication du nombre de fournisseurs de contenus, d'une part, et par l'augmentation du nombre d'opérateurs de réseaux, d'autre part.

Ces acteurs entretiennent entre eux des liens de plus en plus complexes et multidirectionnels. Tandis que les fournisseurs de contenus sont en quête de nouveaux canaux de diffusion, les opérateurs de réseaux (câblo-opérateurs, compagnies téléphoniques et opérateurs mobiles) sont, quant à eux, à l'affût de contenus intéressants et, si possible, exclusifs. Par conséquent, la question de l'accès aux réseaux et aux infrastructures techniques, mais aussi aux contenus, risque de remettre en cause la mise à disposition universelle de contenus d'intérêt général. Actuellement, le champ d'application des obligations de distribution ne s'étend qu'aux contenus.

A cela s'ajoute l'émergence d'une nouvelle catégorie d'acteurs intermédiaires (les "agrégateurs", qui ne sont pas des opérateurs du réseau). Il s'agit d'opérateurs de plateformes de contenus qui proposent aux abonnés un bouquet de chaînes et de services.

Face à ces évolutions, il est impératif d'engager une réflexion sur les régimes de distribution existants.

Afin d'enrichir le débat, nous nous attacherons dans le chapitre suivant à "planter le décor" et à présenter un modèle d'analyse qui aborde la réglementation des communications par une perspective horizontale ou par niveaux.

II. Redéfinir la notion d'obligation de distribution à l'ère numérique : une approche par niveaux

- Les différents niveaux : la transmission des contenus par opposition à leur réglementation

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous voudrions clarifier ce que l'on entend ici par une "approche horizontale ou par niveaux" de la réglementation des communications. Les récentes évolutions technologiques et économiques dans les secteurs de l'information et des communications (numérisation, libéralisation, convergence) ont entraîné le passage d'une subdivision verticale des cadres réglementaires (qui distingue entre les différents secteurs : la réglementation de la radiodiffusion *par opposition* à la réglementation des télécommunications) à une subdivision horizontale (qui distingue entre la réglementation des contenus et celle de la transmission).

Les directives européennes de 2002 relatives aux réseaux et services de communications électroniques illustrent parfaitement cette tendance²¹. Ces directives s'appliquent à tous types de réseaux (réseaux de télécommunication fixes et mobiles, réseaux de radiodiffusion par voie terrestre, câblée ou satellitaire, réseaux IP, réseaux électriques) servant à la transmission de signaux de communications électroniques, indépendamment de leur structure technique ou de leur utilisation première. Leur champ d'application correspond par conséquent au "niveau de la transmission".

Viviane Reding, la Commissaire européenne en charge du portefeuille relatif à la Société de l'information et aux médias, a annoncé à plusieurs reprises²² qu'elle souhaitait transformer la Directive "Télévision sans frontières"²³ en une directive traitant de tous les contenus audiovisuels, ceci afin de contrebalancer la réglementation de la transmission par les directives relatives aux communications électroniques²⁴. Le champ d'application correspondrait au "niveau du contenu".

- Les acteurs de la chaîne de valeur

La Communauté française de Belgique (dont le régime de distribution illustrera notre propos dans ce chapitre) a tenu compte de ces deux niveaux – celui de la transmission et celui du contenu – lors de l'élaboration du nouveau décret sur la radiodiffusion en février 2003²⁵. Celui-ci distingue trois catégories d'acteurs intervenant dans la chaîne de valeur, deux au niveau des contenus et un au niveau de la transmission. Les règles relatives à la radiodiffusion s'articulent autour de ces catégories :

- les "**éditeurs de services**" (ou "fournisseurs de contenus") mettent à disposition des chaînes de radiodiffusion ou d'autres services d'information, dont ils assument la responsabilité éditoriale²⁶ ;
- les "**distributeurs de services**" (ou "fournisseurs de services") réunissent les chaînes et services (soit leurs propres productions, soit celles de tiers) en bouquets qu'ils proposent aux abonnés²⁷.
- les "**opérateurs de réseaux**" (ou "fournisseurs de réseaux") gèrent l'exploitation technique des réseaux de radiodiffusion et fournissent les capacités de transmission permettant la diffusion de programmes de radio et de télévision et d'autres services d'information, parmi lesquels des services créant de la valeur ajoutée (systèmes de cryptage, de décodage, etc.)²⁸.

Soulignons que, dans la pratique, les acteurs du marché remplissent plusieurs rôles à la fois et peuvent, par conséquent, être classés dans plusieurs catégories. Une station radio terrestre, par exemple, est à la fois un fournisseur de contenus (elle édite son propre programme), un fournisseur de services (elle propose un programme à l'auditeur) et un fournisseur de réseaux (elle gère sa propre infrastructure de radiodiffusion). VMMA, la chaîne de télévision privée flamande, est un éditeur et un

21) La Directive "cadre" (Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 108, 24 avril 2002, p. 33) et les quatre directives spécifiques (Directive "Accès" 2002/19/CE, Directive "Autorisation" 2002/20/CE, Directive "Service universel" 2002/22/CE, Directive "Vie privée et communications électroniques" 2002/58/CE).

22) Par exemple lors de la conférence "Challenges ahead for the European Commissioner for Convergence" organisée par l'Association européenne des câblo-opérateurs (ECCA) à Bruxelles, le 18 janvier 2005 (discours/05/18), ou à l'occasion du séminaire sur la révision de la Directive "Télévision sans frontières", qui s'est ouvert à Luxembourg le 30 mai 2005 ("La modernisation de la Directive "Télévision sans frontières", discours/05/315, disponible sous : http://europa.eu.int/information_society/newsroom/cf/comnews.cfm?type=sp

23) Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298, 17 octobre 1989, p. 23, telle que modifiée par la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, JO L 202, 30 juillet 1997, p. 60.

24) Il faut toutefois garder à l'esprit que la distinction opérée entre réglementation de la transmission et réglementation des contenus ne peut jamais être totale en raison du lien intrinsèque entre les deux.

25) *Belgisch Staatsblad / Moniteur Belge*, 17 avril 2004.

26) "[E]diteur de services : la personne morale qui assume la responsabilité éditoriale d'un ou de plusieurs services de radiodiffusion en vue de les diffuser ou de les faire diffuser"; art. 1, 13°

27) "[D]istributeur de services : toute personne morale qui met à disposition du public un ou des services de radiodiffusion de quelque manière que ce soit et notamment par voie hertzienne terrestre, par satellite ou par le biais d'un réseau de télédistribution. L'offre de services peut comprendre des services édités par la personne elle-même et des services édités par des tiers avec lesquels elle établit des relations contractuelles. Est également considérée comme distributeur de services, toute personne morale qui constitue une offre de services en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs"; art. 1, 12

28) "[O]pérateur de réseau : toute personne morale qui assure les opérations techniques d'un réseau de radiodiffusion nécessaires à la transmission et la diffusion auprès du public de services de radiodiffusion"; art. 1, 22°

fournisseur de services, mais pas un opérateur de réseaux (étant donné qu'elle ne dispose pas de ses propres infrastructures de transmission et distribue ses chaînes par l'intermédiaire des réseaux des câblo-opérateurs).

Dans le cas du câblo-opérateur britannique NTL, le fournisseur de services et le fournisseur de réseaux sont identiques: NTL gère le réseau et réunit en bouquets plusieurs chaînes de tiers (éditeurs de services) qu'il vend à ses abonnés ("bouquet de base", "bouquet famille", chaînes à la demande, services supplémentaires, par exemple²⁹).

La maintenance du réseau et la fourniture de bouquets de programmes aux abonnés sont pour leur part des opérations distinctes pouvant être réalisées par des entités séparées. Pour revenir au cas de la câblo-distribution, on peut prendre l'exemple de BeTV (anciennement Canal+), diffusé en Belgique francophone³⁰. BeTV vend des bouquets de programmes de qualité aux abonnés des câblo-opérateurs wallons, mais ne gère pas elle-même ces réseaux³¹.

- Un modèle à plusieurs niveaux pour l'obligation de distribution

Abordons maintenant la question clé de la définition des obligations de distribution à l'ère numérique.

Comme nous l'avons déjà expliqué, notre hypothèse de départ est que les gouvernements considèrent que, même dans un ère d'abondance des flux d'informations où les capacités de transmission ne font pas défaut, il leur incombe de garantir aux citoyens un accès à une offre spécifique et minimale de services d'information à un prix abordable ("bouquet de base"). Dans ce contexte, nous estimons que les règles relatives à l'obligation de distribution relèvent d'une notion plus vaste, celle d'"obligation de service universel s'agissant du contenu" (au lieu d'un "bouquet de base", on pourrait parler d'une "offre de service universel": ce terme qualifie mieux ce que la loi assimile à des contenus d'intérêt général auxquels chaque citoyen devrait avoir accès à des conditions raisonnables et permet d'éviter toute confusion avec l'offre de base que les câblo-opérateurs proposent à leurs abonnés, par exemple).

Les questions fondamentales soulevées par le débat sur les obligations de service universel rejoignent celles que pose ce débat dans le domaine des télécommunications:

- Quels contenus l'offre de service universel devrait-elle recouvrir ?
- Qui fournira cette offre de base ?
- A quelles conditions financières et commerciales ?

Compte tenu de l'évolution technique et économique du paysage audiovisuel, nous pensons que les gouvernements doivent agir à trois niveaux s'ils souhaitent garantir l'accès universel à une offre basique de contenus. Ces niveaux correspondent au champ d'intervention des différents acteurs que nous venons de présenter.

1. Au niveau des éditeurs de services: "obligation d'offre" (*must-offer*)

Premièrement, les gouvernements doivent désigner les fournisseurs de contenus qui peuvent bénéficier du droit de "distribution obligatoire", c'est-à-dire celui de voir une partie ou tous leurs contenus inclus dans l'offre de service universel (qui sera proposée par au moins un fournisseur de services, voir ci-dessous). Des garde-fous devraient être mis en place afin d'assurer que ces fournisseurs de contenus aient non seulement le droit, mais aussi l'*obligation* d'être inclus dans l'offre de service universel (du moins en ce qui concerne les programmes considérés comme satisfaisant des objectifs d'intérêt général et pour lesquels les fournisseurs bénéficient d'un droit de distribution obligatoire). Autrement dit, le droit de distribution obligatoire et l'obligation de distribution sont les deux faces de la même médaille.

29) Voir www.ntl.com

30) En Flandre, Canal+ a été repris par Telenet et rebaptisé "Prime".

31) Cette distinction est moins nette en Flandre depuis la reprise de la filiale flamande de Canal+ par Telenet. Notons également que Canal+ agit dans une certaine mesure comme un fournisseur de contenus, étant donné que la chaîne a maintenu son propre système d'accès conditionnel (et propose son propre décodeur aux abonnés du câble).

2. Au niveau des distributeurs de services: “obligation de distribution” (*must-distribute*)

Deuxièmement, un distributeur ou un fournisseur de services au moins devrait être soumis à l’obligation de distribuer l’offre de service universel.

Etant donné que le fournisseur de services n’est pas nécessairement l’opérateur de réseaux, il faut s’assurer que ce dernier ait accès à au moins un réseau à couverture universelle (pour qu’il puisse proposer l’offre de service universel à tous les citoyens). En d’autres termes, au niveau des distributeurs de services, l’obligation de distribuer l’offre de service universel va de pair avec le droit d’acquérir l’accès au réseau ainsi que suffisamment de capacités d’acheminement pour mettre à disposition l’offre universelle.

3. Au niveau des opérateurs de réseaux: “obligation de (re)distribution” (*must-carry*)

Au dernier niveau, un opérateur de réseaux au moins devrait disposer d’un réseau accessible à tous les citoyens (ou plusieurs opérateurs dont les réseaux combinés assurent une couverture universelle) et mettre à disposition suffisamment de capacités de transmission pour permettre l’acheminement de l’offre de service universel. Il en découle une obligation implicite pour ce(s) fournisseur(s) de réseau d’accorder l’accès à son (ses) réseau(x) et de garantir la transmission de l’offre de service universel entre le fournisseur de services et le public.

III. Etude de cas: la Communauté française de Belgique

Après la théorie, abordons la pratique: comment pouvons-nous transposer ces différents niveaux et notions dans la loi? Ce chapitre est consacré à une étude de cas concernant l’obligation de distribution, introduite dans la Communauté française de Belgique par le décret sur la radiodiffusion du 27 février 2003³².

1. Les éditeurs de services: “droit de distribution obligatoire” & “obligation de distribution”

Au niveau des éditeurs de services³³, le décret sur la radiodiffusion introduit le “droit de distribution obligatoire”³⁴. Il garantit à certains fournisseurs de contenus le droit d’être inclus dans l’offre de base du distributeur. Ses principales caractéristiques, qui sont énumérées dans les articles 48-51 du décret sur la radiodiffusion, sont les suivantes:

- le droit de distribution obligatoire est octroyé par le Gouvernement de la Communauté française;
- ce droit est attaché à un ou des services déterminés d’un éditeur de services de radiodiffusion télévisuelle autorisé;
- ce droit s’exerce à l’égard des distributeurs de services conformément à l’article 82, § 2 (voir ci-dessous);
- l’octroi de ce droit est conditionné à la conclusion d’une convention entre l’éditeur de services et le gouvernement et au fait que l’éditeur et le service de radiodiffusion répondent de façon identique à certaines obligations minimales (énumérées à l’article 50):
 - *le service de radiodiffusion devra (§1):*
 - mettre en valeur le patrimoine (culturel) de la Communauté française,
 - proposer un nombre quotidien minimal d’heures de programmes, dont une partie à déterminer en première diffusion,
 - proposer quotidiennement au moins un journal d’information (générale).
 - *L’éditeur de services devra (§2):*
 - contribuer à la production audiovisuelle de la Communauté française (en fonction du chiffre d’affaires annuel réalisé et du nombre d’emplois créés)³⁵.

32) Voir ci-dessus, note 25.

33) “[L]es éditeurs de services”, voir ci-dessus.

34) “[L]e droit de distribution obligatoire”.

35) Cette obligation s’apparente, semble-t-il, à “l’acquisition” d’un droit de distribution obligatoire. Pour une raison analogue, l’ancien régime relatif aux obligations de distribution en vigueur dans la Communauté française étudié sous l’angle du marché intérieur a été critiqué sur le plan juridique: Jeroen Capiau, *Een Europese vinger in de Belgische must-carry pap, Auteurs & Media* 2002/5, 387-401 (390, note 17).

Le revers de la médaille est l'obligation d'offre qui s'impose aux éditeurs de services bénéficiant du droit de distribution obligatoire. L'article 51 les oblige à distribuer le service autorisé dans les six mois à compter de l'octroi dudit droit.

Relevons que le Décret sur la radiodiffusion définit également les obligations de distribution "traditionnelles" (notamment au titre VI, chapitre 1^{er}, consacré aux dispositions relatives aux distributeurs de services) et introduit un élément d'incohérence dans le système de distribution obligatoire³⁶. Selon l'article 82, § 1, les programmes (services) suivants doivent être inclus dans l'offre de base du câblo-distributeur (voir ci-dessous):

- les services de la RTBF destinés prioritairement au public de la Communauté française;
- les services des télévisions locales dans leur zone de couverture;
- les services, désignés par le gouvernement, des éditeurs de services internationaux au capital desquels participe la RTBF;
- un nombre limité de services de VRT et BRF, les services publics de radiodiffusion des Communautés flamande et allemande pour autant qu'il y ait réciprocité.

2. Les distributeurs de services de radiodiffusion

Le titre V (article 75 et suivants) du décret sur la radiodiffusion traite de la deuxième catégorie d'acteurs, les distributeurs de services.

Les dispositions sur l'obligation de distribution figurent aux articles 81 et 82.

L'article 81 prescrit l'existence d'au moins un distributeur de services proposant "l'offre de base", plus précisément par l'intermédiaire du câble (nous y reviendrons par la suite).

Selon l'article 81, §1, "les opérateurs de réseau visés à l'article 97 garantissent la distribution sur leurs réseaux d'une offre de base comprenant au moins les services visés à l'article 82. L'offre de base est fournie par un distributeur de services. A défaut, les opérateurs de réseau sont tenus d'exercer l'activité de distributeur en fournissant l'offre de base".

Les trois éléments essentiels de cette disposition sont:

> la distribution de l'offre de base doit être assurée...

Cela signifie que l'offre doit inclure au moins les services des éditeurs de contenus mentionnés à l'article 82 – à savoir d'une part les radiodiffuseurs publics et locaux cités au § 1 et, de l'autre, les éditeurs cités au § 2 – auxquels l'on a octroyé le droit de distribution obligatoire sur la base de l'article 48;

> ... via le câble...

L'article 81 traitant des "opérateurs de réseaux visés à l'article 97" et l'article 97 s'appliquant aux "opérateurs de réseaux de télédistribution" (ces derniers étant définis comme des "réseaux de radiodiffusion par câble coaxial"³⁷), la portée de cette obligation est limitée aux câblo-opérateurs au sens traditionnel du terme (câblo-opérateurs de réseaux coaxiaux)

> ... par au moins un distributeur de services

Il peut s'agir par conséquent d'un distributeur indépendant du câblo-opérateur ou, si celui-ci n'existe pas, du câblo-opérateur lui-même.

Selon l'article 81, §2, un distributeur ne peut proposer d'offre complémentaire de services qu'aux seuls clients abonnés à l'offre de base.

36) Nous pensons qu'il aurait été plus avisé de dresser une liste de tous les éditeurs de services bénéficiant du droit de distribution obligatoire sur la base dudit décret ou d'une décision du Gouvernement de la Communauté française à l'article 48 (les radiodiffuseurs publics et locaux cités à l'article 82, § 1, seraient ainsi inclus).

37) Voir la définition figurant à l'article 1, 36°: "Réseau de télédistribution: réseau de radiodiffusion mis en œuvre par un même opérateur de réseau dans le but de transmettre au public par câble **coaxial** des signaux porteurs de services de radiodiffusion" (terme souligné par l'auteur).

3. Les opérateurs de réseau

L'article 81 (qui renvoie à l'article 97) impose aux câblo-opérateurs (au sens traditionnel du terme, donc uniquement les opérateurs de réseaux de câbles coaxiaux, voir ci-dessus)³⁸ l'obligation d'acheminer l'offre de base (c'est-à-dire de mettre à disposition une capacité de réseau suffisante pour permettre la fourniture de cette offre de base).

IV. Remarques finales

Nous avons d'emblée souligné que la problématique fondamentale, à savoir l'avenir des règles relatives à l'obligation de distribution dans un environnement de médias numériques convergents, ne devait pas être abordée telle quelle. Nous avons préféré formuler l'hypothèse selon laquelle l'avenir de ces règles serait assuré si certaines conditions étaient réunies. Ensuite, nous avons étudié la structure et les composantes d'un régime de distribution que nous jugeons cohérent et efficace, c'est-à-dire capable de mettre à disposition de tous les citoyens des services minimaux d'information à un coût raisonnable. Pour cela, nous avons proposé une approche horizontale, ou par niveaux, de la réglementation des communications. Enfin, nous avons passé en revue les dispositions législatives en matière de radiodiffusion en vigueur dans la Communauté française de Belgique.

Plutôt que de considérer l'obligation de distribution comme une question distincte ne concernant que les câblo-opérateurs ou les radiodiffuseurs investis d'un mandat de service public, nous proposons d'inclure les règles relatives à l'obligation de distribution dans la notion plus vaste "d'obligation de service universel s'agissant du contenu".

Afin de garantir la mise à disposition et la distribution efficace d'une "offre de service universel", il est nécessaire d'intégrer des garde-fous aux différents niveaux d'intervention des acteurs dans la chaîne de valeur.

Dans un avenir proche, la société devra, à notre sens, répondre aux questions suivantes :

- > **Que** devrait recouvrir l'offre de service universel : quels fournisseurs de contenus et, surtout, quels types de contenus ?
 - Faut-il inclure uniquement les contenus de radiodiffuseurs publics ou également ceux de chaînes privées ? L'offre de service universel des radiodiffuseurs publics comprendra-t-elle uniquement les chaînes d'intérêt général ou également les chaînes thématiques (culturelles ou sportives) ? Faut-il choisir les radiodiffuseurs privés en fonction de leur valeur ajoutée culturelle et linguistique ou de leur manière de couvrir des événements de société importants³⁹ ?
- > **Qui** mettra à disposition l'offre de service universel ? Sera-t-elle disponible sur une seule ou sur toutes les plateformes techniques (devrait-il s'agir d'une plateforme à couverture "universelle" ou à couverture "étendue" ?) ?
 - Suffirait-il qu'en Flandre Telenet garantisse la distribution de l'offre de base, ou faudrait-il également rendre celle-ci accessible sur la plateforme numérique de Belgacom ?
- > L'accès à l'offre de service universel devrait-il être gratuit ou **abordable** ? A quelles conditions financières / commerciales l'offre de base doit-elle être mise à disposition et acheminée ? Qui supportera les coûts : la société, les acteurs du marché ou les consommateurs ?
 - La mise à disposition de l'offre de service universel doit-elle être subventionnée par des fonds publics ? Les opérateurs de réseau sont-ils soumis à l'obligation de fournir la capacité nécessaire pour cette offre de base à un tarif tenant compte des coûts ?

Nous espérons que cette communication suscitera un débat passionnant !

38) Ici encore (voir la note 36 ci-dessus), le décret manque de cohérence à notre sens. Nous nous serions attendu à ce que l'obligation de mettre à disposition suffisamment de capacité de réseau pour permettre la distribution de l'offre de service universel soit définie dans les dispositions traitant des réseaux de transmission, c'est-à-dire au titre VI (= articles 90 et suivants).

39) Au sens de l'article 3a de la Directive "Télévision sans frontières".

Glossaire

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive “cadre”)

Chapitre I

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) “réseau de communications électroniques”: les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l’acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d’autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l’Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu’ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d’information transmise;

[...]

c) “service de communications électroniques”: le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l’aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l’information tels que définis à l’article 1^{er} de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques;

d) “réseau de communications public”: un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public;

e) “ressources associées”: les ressources associées à un réseau de communications électroniques et/ou à un service de communications électroniques, qui permettent et/ou soutiennent la fourniture de services via ce réseau et/ou ce service; elles comprennent les systèmes d’accès conditionnel et les guides électroniques de programmes;

f) “système d’accès conditionnel”: toute mesure et/ou disposition techniques subordonnant l’accès sous une forme intelligible à un service protégé de radio ou de télévision à un abonnement ou à une autre forme d’autorisation individuelle préalable;

[...]

j) “service universel”: un ensemble de services minimal, défini dans la directive 2002/22/CE (directive “service universel”), de qualité déterminée, disponible pour tous les utilisateurs, quelle que soit leur situation géographique et, compte tenu des conditions nationales spécifiques, d’un prix abordable;

[...]

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive “service universel”)

Article 31

Obligations de diffuser (“must-carry”)

1. Les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser (“must-carry”), pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui, sous leur juridiction, exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d’émissions de radio ou de télévision, lorsqu’un nombre significatif d’utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision. De telles obligations ne peuvent être imposées que lorsqu’elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d’intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes. Ces obligations sont soumises à un réexamen périodique.

2. Ni le paragraphe 1 du présent article, ni l’article 3, paragraphe 2, de la directive 2002/19/CE (directive “accès”) ne portent préjudice à la faculté des États membres de déterminer une rémunération appropriée, le cas échéant, concernant les mesures prises conformément au présent article tout en garantissant que, dans des conditions similaires, il n’existe aucune discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux de communications électroniques. Lorsqu’une rémunération est fournie, les États membres veillent à ce qu’elle le soit de manière proportionnée et transparente.

Citations des considérations d’importance :

(43) À l’heure actuelle, les États membres imposent certaines obligations de diffusion (“must-carry”) sur les réseaux pour la diffusion au public d’émissions de radio ou de télévision. Les États membres devraient être en mesure d’imposer aux entreprises sous leur juridiction, en considération d’intérêts publics légitimes et uniquement lorsque cela est nécessaire pour atteindre des objectifs d’intérêt général clairement définis par eux conformément au droit communautaire, des obligations qui devraient être proportionnées, transparentes et soumises à un réexamen périodique. Les obligations de diffuser (“must-carry”) imposées par les États membres devraient être raisonnables; en d’autres termes, elles devraient être proportionnées et transparentes compte tenu d’objectifs d’intérêt général clairement définis, et pourraient, le cas échéant, s’accompagner d’une disposition prévoyant une rémunération proportionnée. Ces obligations de diffuser (“must-carry”) peuvent comprendre la transmission de services spécialement destinés à permettre un accès convenable des utilisateurs handicapés.

(44) Les réseaux utilisés pour la diffusion publique d’émissions de radio ou de télévision comprennent les réseaux de télédistribution et les réseaux de diffusion par satellite et terrestre. Ils peuvent également inclure d’autres réseaux dans la mesure où un nombre significatif d’utilisateurs finals utilisent ces réseaux comme leurs moyens principaux de réception d’émissions de radio ou de télévision.

(45) Les services fournissant un contenu, tels qu’une offre de vente de contenus de radiodiffusion sonore ou de télévision, ne sont pas couverts par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Les fournisseurs de ces services ne devraient pas être soumis aux obligations de service universel pour ces activités. La présente directive est, par conséquent, sans préjudice des mesures arrêtées au niveau national, conformément à la législation communautaire, à l’égard de ces services.

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, Bruxelles, le 12 juillet 2000, COM (2000)392 final

Article 26

Obligations de diffuser (“must-carry”)

Les États membres peuvent imposer des obligations de diffuser, concernant des émissions spécifiques de radio et de télévision, aux entreprises qui, dans leur ressort, exploitent des réseaux de communications électroniques créés en vue de la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision. De telles obligations ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées, transparentes et limitées dans le temps.

Les États membres veillent à ce que les entreprises soumises à des obligations de diffuser reçoivent une compensation adéquate selon des modalités raisonnables, transparentes et non discriminatoires, compte tenu de la capacité de réseau requise.

Belgique**Ministère de la Communauté française - Décret sur la radiodiffusion du 27 février 2003**

TITRE III. - L'édition de services de radiodiffusion.

[...]

CHAPITRE III. - Règles particulières aux services de radiodiffusion télévisuelle.

[...]

Section III. - Dispositions relatives au droit de distribution obligatoire

Art. 48. Le Gouvernement peut attacher à un ou des services spécifiés d'un éditeur de services de radiodiffusion télévisuelle autorisé, un droit de distribution obligatoire. L'octroi de ce droit est conditionné à la conclusion d'une convention entre l'éditeur de services et le Gouvernement. Ce droit s'exerce à l'égard des distributeurs de services conformément à l'article 82, § 2.

Art. 49. § 1^{er}. L'octroi du droit de distribution obligatoire fait l'objet d'une demande préalable introduite par lettre recommandée avec accusé de réception auprès du ministre ayant l'audiovisuel dans ses attributions et auprès du secrétariat général du ministère de la Communauté française.

§ 2. Dans le mois de la réception de la demande, le secrétariat général du ministère de la Communauté française notifie au demandeur la prise en compte de sa demande.

§ 3. Après que le Collège d'autorisation et de contrôle ait octroyé au demandeur une autorisation visée à l'article 33, le Gouvernement transmet la demande et le projet de convention y afférent au Collège d'autorisation et de contrôle qui rend son avis conformément aux modalités prévues à l'article 133, § 4.

Art. 50. § 1^{er}. Un droit de distribution obligatoire ne peut être attaché à un service que si celui-ci répond aux obligations minimales suivantes :

1° Mettre en valeur le patrimoine - et particulièrement le patrimoine culturel - de la Communauté française au sens large et dans ses différents aspects régionaux;

2° Proposer un nombre quotidien minimal d'heure de programmes, dont une partie à déterminer en première diffusion;

3° Proposer quotidiennement au moins un journal d'information générale.

§ 2. En outre, pour bénéficier d'un droit de distribution obligatoire attaché à un service, l'éditeur de services doit répondre aux obligations minimales suivantes :

1° Contribuer à la production audiovisuelle de la Communauté française. A cette fin, il consacre, outre la proportion visée à l'article 41, § 2, au moins 24 % de son chiffre d'affaires, tel que visé à l'article 41, § 3, à la production propre, la commande partielle ou totale, l'acquisition de programmes, les prestations extérieures, le pré-achat et la coproduction. Le chiffre d'affaires est le chiffre engendré par les services bénéficiant du droit de distribution obligatoire.

Dans le calcul de la proportion minimale de 24 % visée à l'alinéa 1^{er}, le pourcentage du chiffre d'affaires consacré à la coproduction ou au pré-achat équivaut à 8 fois sa valeur nominale.

2° Créer en Communauté française un nombre minimum de 60 emplois équivalent temps plein sous contrat de travail, indépendamment du nombre de services édités.

§ 3. La convention visée à l'article 48 règle les modalités d'exécution des obligations reprises aux §§ 1^{er} et 2.

§ 4. La convention peut prévoir des obligations complémentaires à celles visées aux §§ 1^{er} et 2 en fonction du format et de la nature du service pour lequel l'éditeur demande un droit de distribution obligatoire.

§ 5. L'éditeur de services qui dispose d'un droit de distribution obligatoire mentionne dans le rapport annuel visé à l'article 46, les éléments d'information relatifs au respect des obligations contenues dans la convention visée à l'article 48.

Art. 51. Les éditeurs de services qui disposent d'un droit de distribution obligatoire sont tenus de distribuer le service autorisé dans les 6 mois à compter de l'octroi dudit droit visé dans l'acte d'autorisation.

[...]

TITRE V. - L'offre de services.

CHAPITRE I. - Règles relatives aux distributeurs de services.

[...]

Section II. - La distribution de services par câble.

Art. 81. § 1^{er}. Les opérateurs de réseau visés à l'article 97 garantissent la distribution sur leurs réseaux d'une offre de base comprenant au moins les services visés à l'article 82.

L'offre de base est fournie par un distributeur de services. A défaut, les opérateurs de réseau sont tenus d'exercer l'activité de distributeur en fournissant l'offre de base.

§ 2. Tout distributeur ne peut proposer d'offre complémentaire de services qu'aux seuls abonnés à l'offre de base.

Art. 82. § 1^{er}. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1^{er}, 2^e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle suivants :

1° les services de la RTBF destinés prioritairement au public de la Communauté française;

2° les services des télévisions locales dans leur zone de couverture;

3° les services, désignés par le Gouvernement, des éditeurs de services internationaux au capital desquels participe la RTBF;

4° deux services du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre deux services de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté française;

5° un ou des services du service public de radiodiffusion de la Communauté germanophone pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre un ou des services de télévision du service public de radiodiffusion de la Communauté française.

§ 2. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1^{er}, 2^e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle des éditeurs de services autorisés en vertu du présent décret et bénéficiant d'un droit de distribution obligatoire.

§ 3. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1^{er}, 2^e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion télévisuelle désignés par le Gouvernement de tout éditeur de services de l'Union européenne et qui ont conclu avec celui-ci une convention relative à la promotion de la production culturelle en Communauté française et dans l'Union européenne prévoyant notamment une contribution financière à cette promotion.

§ 4. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1^{er}, 2^e alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services de radiodiffusion sonore suivants :

1° les services de la RTBF émis en modulation de fréquence;

2° deux services du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre deux services sonores du service public de radiodiffusion de la Communauté française;

3° un service du service public de radiodiffusion de la Communauté germanophone pour autant que les distributeurs que cette Communauté autorise soient tenus de transmettre un service sonore du service public de radiodiffusion de la Communauté française.

Must-offer : l'obligation faite aux radiodiffuseurs de mettre leurs chaînes à la disposition des opérateurs de réseaux qui souhaitent les transmettre (l'obligation d'offre)

Guide électronique des programmes (EPG – *Electronic Program Guide*)

[cette définition provient du Glossaire de la télévision numérique, Supplément à IRIS Spécial : La régulation de l'accès à la télévision numérique, publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2004.]

D'un point de vue technique, un guide électronique des programmes (EPG) est un programme d'application diffusé par le fournisseur et qui se greffe sur l'API de la STB. Pour cela, l'API doit être interopérable avec la STB, ils doivent tous deux "parler le même langage".

Dans l'environnement de la télévision numérique, l'EPG a une place particulière. Le guide électronique des programmes contient en effet des informations en temps réel sur le programme en cours et à venir des diffuseurs qu'il couvre, et ces informations sont plus complètes que celles du navigateur. C'est ainsi que l'EPG permet de poser des questions de fond sur les émissions et d'obtenir des informations complémentaires; il peut même proposer des séquences vidéo et des images. Les contenus présentés par l'EPG sont diffusés en même temps que les programmes. C'est le fournisseur du guide qui décide des programmes répertoriés.

On omet souvent de faire cette distinction entre le navigateur de la STB et le guide électronique des programmes. Or, un EPG peut effectivement être amené à jouer le rôle de navigateur, lorsque les programmes ne peuvent être obtenus qu'en passant par cet EPG commercialisé par l'exploitant du réseau.

Liste des participants à l'atelier sur les obligations de distribution du 9 avril 2005

ARINO Monica	Institut universitaire européen, Florence, Italie monica.arino@iue.it
CABRERA Francisco	Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, France francisco.cabrera@obs.coe.int.
CAPIAU Jeroen	Université de Gent, Belgique Jeroen.capiou@mineco.fgov.be
EIJK Nico van	Institut du droit de l'information (IViR), Amsterdam, Pays-Bas vaneijk@ivir.nl
FRIEDEN Rob	Pennsylvania State University, Etats-Unis rmf5@psu.edu
HINS Wouter	Institut du droit de l'information (IViR), Amsterdam, Pays-Bas A.W.Hins@uva.nl
LOON Ad van	Vecai, La Haye, Pays-Bas avanloon@vecai.nl
MARCOS Francisco	Instituto de Empresa, Madrid, Espagne Francisco.Marcos@ie.edu
MORAST Kerstin	Swedish Radio and Television Authority, Haninge, Suède Kerstin.morast@rtvv.se
NIKOLTCHEV Susanne	Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, France Susanne.nikoltchev@obs.coe.int
ROUKENS Thomas	Telenet, Mechelen, Belgique Thomas.roukens@staff.telenet.be

ROZGONYI Krisztina	National Communications Authority (Nemzeti Hírközlési Hatóság – NHH), Budapest, Hongrie krisztina.rozgonyi@nhh.hu
SCHOENTHAL Max	Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck, Allemagne m.schoenthal@emr-sb.de
SCHULZ Wolfgang	Hans Bredow Institut, Hambourg, Allemagne ws@hans-bredow-institut.de
STEVENS David	Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI-IBBT), K.U. Louvain, Belgique david.stevens@law.kuleuven.ac.be
VALCKE Peggy	Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI-IBBT), K.U. Louvain, Belgique peggy.valcke@law.kuleuven.ac.be
VELJANOVSKI Cento	Case Associates, Londres, Royaume-Uni cento@casecon.com
VIOLA Roberto	Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), Naples, Italie r.viola@agcom.it
WATSON-BROWN Adam	CCE-DG Société de l'information, Bruxelles, Belgique Adam.Watson-Brown@cec.eu.int