

koan

ASSOCIATION D'AVOCATS

**OBSERVATIONS DEPOSEES DANS LE CADRE DE LA REVISION
DE LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION
CONCERNANT L'APPLICATION AUX SERVICES PUBLICS DE
RADIODIFFUSION DES REGLES RELATIVES AUX AIDES D'ETAT**

Jean-Paul HORDIES

Préambule

Les présentes observations sont déposées en nom propre par le cabinet KOAN, afin de contribuer, dans une mesure modeste, à la réflexion entamée par la Commission dans le cadre du projet de révision de sa Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion, des règles relatives aux aides d'Etat (ci-après « la Communication »)¹. La présente note ne visant que certains thèmes, parmi ceux abordés dans le questionnaire, nous avons préféré opter pour une forme de réponse libre.

Le cabinet KOAN a participé à l'instruction de plusieurs plaintes pour violation des règles en matière d'aides d'Etat et plaide régulièrement dans des dossiers concernant le secteur audiovisuel. L'expérience du cabinet étant particulièrement liée à la situation française, les exemples donnés viseront spécialement la réglementation de cet Etat. Néanmoins, les présentes observations ont un caractère général et concerne l'application de la Communication à l'ensemble des Etats membres.

Les présentes observations doivent être considérées comme indépendantes et sans lien direct avec les procédures en cours. Elles ne peuvent porter préjudice aux intérêts des clients que nous défendons, la responsabilité des idées développées dans les présentes étant de la seule responsabilité des signataires.

¹ JO, 15.11.2001, n° C 320, p. 5.

I. La position du problème

Dans le silence du Traité et du droit européen dérivé, le Commissaire européen DONDELINGER avait soulevé, il y a de nombreuses années, la difficulté que présentait le double financement, public et privé, du secteur public de l'audiovisuel au regard des règles en matière d'aides d'Etat.

Après de nombreux développements (Protocole d'Amsterdam, la Communication dont la révision est proposée, la pratique décisionnelle de la Commission), force est de constater que les difficultés subsistent.

Ces difficultés devront être surmontées avec d'autant plus de détermination qu'elles constituent un facteur d'aggravation des déséquilibres actuels du secteur audiovisuel européen.

Le renouvellement constant des technologies - et par voie de conséquence des modes et des habitudes de consommation de programmes audiovisuels - l'internationalisation des marchés, l'arrivée de nouveaux opérateurs dotés d'une puissance financière incomparable et le profond bouleversement des rapports de force concurrentiels qui en résulte, ont marginalisé irrémédiablement les diffuseurs hertziens privés historiques jusque là considérés comme les acteurs surpuissants du secteur.

Au nom de cette surpuissance supposée, ces diffuseurs sont soumis, notamment en France, à un corpus réglementaire particulièrement contraignant encadrant chacune des activités de leur exploitation.

A contraintes réglementaires égales, ces opérateurs sont aujourd'hui confrontés, dans leur cœur de métier, à des défis et des enjeux engageant leur développement futur.

Dans cette économie mouvante dont les règles sont encore difficilement décryptables, les diffuseurs hertziens privés sont placés dans une situation de précarité que tout nouveau dysfonctionnement concurrentiel rendrait financièrement insupportable.

Dans ce contexte dont les perspectives d'évolution marquent l'accentuation des tendances observées, le positionnement et les conditions d'exploitation des chaînes de

télévision publiques, par rapport à leurs concurrentes commerciales directes, est un facteur plus que jamais décisif dans la préservation des équilibres.

La question du mode de financement du secteur audiovisuel public et de la réalité des missions, et donc des obligations de service public qui lui sont confiées, se trouve au cœur de la problématique de la modernisation du secteur audiovisuel européen.

Les conditions d'attribution des fréquences apportent à cet égard un exemple particulièrement illustratif du déséquilibre dénoncé dans plusieurs Etats membres entre le secteur privé et le secteur public de la radiodiffusion

Ainsi, le lancement de la TNT en France a permis au secteur public de bénéficier de fréquences automatiquement attribuées sans dépôt de dossier de candidature, contrairement au secteur privé.

On peut également observer que le secteur public, et donc l'Etat membre concerné, peut être propriétaire d'un nombre grandissant de chaînes, là où le secteur privé est régulièrement limité par des seuils imposés par la loi (dispositifs anti-concentration).

De tels exemples montrent qu'il existe, dans le droit de l'audiovisuel de plusieurs Etats membres, des règles qui portent atteinte au nécessaire équilibre concurrentiel entre le secteur public et le secteur privé de l'audiovisuel, que le droit européen des aides d'Etat pourrait garantir.

La révision de la Communication devrait se faire en tenant compte de ces évolutions du secteur de la radiodiffusion afin d'offrir aux Etats membres et à leurs ressortissant un cadre juridique approprié aux nouveaux enjeux.

Sur un plan plus macroéconomique, la concurrence frontale des opérateurs de télécommunication sur le marché des contenus (fictions et sports) pose également de sérieux problèmes à l'ensemble du secteur audiovisuel public et privé.

En effet, les opérateurs de télécommunications ne sont pas, en règle générale, tenus de respecter l'ensemble des règles qui pèsent sur la radiodiffusion en matière de soutien à la production audiovisuelle et cinématographique et/ou de diffusion. Ces charges d'exploitation, la grande dépendance des chaînes privées à l'égard des investissements publicitaires des annonceurs, et la faiblesse des capitalisations boursières par rapport à celles des opérateurs de télécommunications, sans parler des volumes de cash-flow

brassés par les opérateurs, constituent les facteurs de l'aggravation constante du déséquilibre concurrentiel entre opérateurs de télécommunications et radiodiffuseurs.

Là encore une application plus stricte des règles relatives aux aides d'Etat pourrait apporter quelques solutions.

II. La méthodologie

La publication de la Communication soumise aujourd'hui à révision a pu surprendre certains observateurs. En effet, la Commission publie souvent de telles communications après quelques années d'expérience jalonnées par l'adoption de plusieurs décisions significatives fixant les orientations de sa pratique.

En l'espèce, la publication de cette Communication, en 2001, est intervenue alors que la pratique décisionnelle de la Commission était embryonnaire. D'aucuns en ont conclu que la Communication voulait, en quelque sorte, apporter des réponses aux plaintes pendantes à l'époque, ce qui, d'un point de vue procédural, n'a pas manqué de surprendre.

Actuellement, la pratique de la Commission s'est enrichie de 20 décisions et il y a dès lors largement de la matière pour justifier une Communication.

Cela étant, on peut relever que la pratique actuelle de la Commission, en cette matière, obéit à une mécanique de raisonnement qui n'est pas à l'abri de critiques.

En effet, le schéma suivi par la plupart des décisions de la Commission est le suivant :

- la reconnaissance de :
 - l'existence d'une aide,
 - la distorsion de concurrence ;
- la constatation que les conditions exigées par l'arrêt ALTMARK TRANS ne sont pas réunies ;
- le recours à l'article 86 §2 CE ;

- la constatation du non-respect du principe de proportionnalité.

La conclusion devrait donc être que l'aide incriminée est incompatible avec le Traité.

Or, la Commission paraît souvent se contenter d'engagements, proposés *in extremis* par l'Etat membre concerné et assorti d'un délai d'exécution généralement fixé entre un et deux ans, pour clôturer la procédure.

A cela s'ajoute encore que la police de l'exécution des décisions intervenues et surtout des engagements pris par les Etats membres, échappe à tout contrôle des plaignants, pourtant à l'origine des procédures, ce qui en pratique revient à reconnaître aux Etats une forme d'immunité dans l'exécution qu'ils donnent (ou pas) aux décisions de la Commission.

Eu égard aux débats judiciaires actuellement pendants, nos observations se limiteront aux questions relatives à la définition de la mission de service public de radiodiffusion (III), au problème du contrôle de la bonne exécution des missions de service public (IV), et enfin, au mode de financement (V).

III. La définition de la mission de service public de radiodiffusion

Les doutes inspirés par la définition de la mission de service public retenue par les Etats membres viennent régulièrement au renfort du reproche de surcompensation financière des coûts de la mission de service public, à l'origine des distorsions de concurrence alléguées entre les opérateurs publics et privés de radiodiffusion,

Cela se conçoit dès lors que, de l'étendue de la mission confiée aux radiodiffuseurs publics dépend, ensuite, le montant de la compensation qui leur est accordée pour couvrir les coûts d'exécution de cette mission. Une définition claire et précise des obligations de service public, excluant toutes formes d'activités commerciales, contribuerait donc à limiter le risque de surcompensation dénoncé à de multiples reprises par les radiodiffuseurs privés au cours de ces dernières années.

Dans la Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etats –en cours de révision–, la

Commission résume les principes applicables en matière de définition du service public dans le secteur de la radiodiffusion de la manière suivante :

- les Etats membres demeurent compétents pour définir ce que recouvrent les missions de service public ;
- les missions de service public peuvent être définies largement aussi longtemps qu'elles répondent aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société, garantissent le pluralisme ainsi que la diversité culturelle et linguistique. Dans sa Communication, la Commission précise à cet égard que :

« compte tenu du caractère particulier du secteur de la radiodiffusion, une définition 'large' confiant à un organisme de radiodiffusion donné la mission de fournir une programmation équilibrée et variée en application de son mandant tout en conservant un certain taux d'audience peut être considérée (...) comme légitime au regard de l'article 86, paragraphe 2, du traité en ce qu'elle viserait à la fois à assurer la satisfaction des besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société et à garantir le pluralisme, y compris la diversité culturelle et linguistique » (point 33).

Compte tenu du développement et de la diversification des activités de radiodiffusion avec l'avènement de la diffusion par mode numérique, la Commission considère que le lancement de nouveaux services, comme des services d'information en ligne, peut relever de la mission de service public aussi longtemps que ces nouveaux services visent à satisfaire les mêmes besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société ;

- le contrôle de la Commission se limite à vérifier qu'aucune erreur manifeste n'a été commise c'est-à-dire si cette définition ne comprend pas des activités dont on ne peut raisonnablement penser qu'elles satisfont aux conditions ou donnent les garanties sus-décrites.

Rien n'exclut donc que la mission de service public de radiodiffusion soit définie largement si et seulement si elle répond aux besoins évoqués ci-dessus. L'émergence de nouveaux services et/ou de nouveaux supports pour les activités de radiodiffusion a toutefois conduit (et conduit encore) à s'interroger sur une éventuelle extension de la mission de service public afin de tenir compte de ces développements et, plus généralement, sur le contenu des missions de service public.

A cet égard, il résulte de la pratique décisionnelle de la Commission que la seule référence à la satisfaction de besoins démocratiques, sociaux et culturels ne suffit pas à faire acquérir à une activité la qualité de mission de service public.

Ainsi, dans la décision **ARD-ZDF**², la Commission relève que:

« The Commission does not consider that the general requirement for additional digital channels – as stipulated in the Interstate Treaty on Broadcasting - to have a focus on culture, information and education is sufficient to clearly describe the public service obligations that public service broadcasters have in relation to these additional channels. In fact, without a clearer circumscription of what is meant by "culture, information and education" most programme genres offered by public service broadcasters could be covered by these concepts. In such a situation, it remains unclear what is the public service value of these channels in addition to the already existing channels. The creation of additional capacities (channels) without a clear programme concept which reflects the additional public value of this channel bears the risk of simply increasing the share of certain programme genres such as in particular sports to an extent which could no longer be justified by the public service mission to offer a balanced and varied programme. In the absence of clearer legal requirements concerning the required and permissible scope of these additional channels, the announced development by public service broadcasters of digital concepts cannot be regarded as satisfactory » (point 227).

La caution donnée à une définition large du service public de radiodiffusion ne pourrait pas non plus servir à valider l'inclusion automatique dans le champ du service public de toutes les activités des opérateurs de radiodiffusion en charge de ce service et prétendument liées à celui-ci.

A cet égard, il fut notamment reproché à l'ARD et ZDF de financer leur site Internet avec les recettes de la redevance au motif que les activités multimédia ne faisaient pas partie de la mission d'intérêt général de ces radiodiffuseurs publics. Ces derniers faisaient valoir que le traité d'Etat sur la radiodiffusion les autorisait à proposer des services en ligne à condition que ceux-ci, et leurs contenus, présentent un lien avec les programmes.

Toutefois, dans sa décision **ARD-ZDF** précitée, la Commission a précisé que :

“The Commission does not share Germany’s views that all online activities offered by public service broadcasters (including services such as online games, chat rooms, calculators, links to third parties offers/services, online dating services, etc.) automatically and in all circumstances constitute services of general economic interest. As explained in the Article 17 letter, and depending on the circumstances, such

² E3/2005-24.04.2007

services may lack the specific features as compared to other services which are in a similar or identical form already offered by the market.

The Commission maintains the concerns already expressed in the Article 17 letter with respect to certain online activities, also in light of the explanations provided by Germany. For instance, the Commission does not question in general that chat rooms may fulfil the public service broadcasters' specific function of contributing to the opinion shaping process. However, this function may become negligible while interfering with similar offers on the market where such chat rooms are offered without a clear and specific link to the TV programmes. Also, other online services such as online calculators (for instance calculators to find the cheapest health or car insurance) or online dating services or online games may be regarded as complementing traditional offers of public service broadcasters but would not in all circumstances reflect the specific function of public service broadcasters or the specific editorial arrangement of public service broadcasters while interfering with similar or identical offers on the market.

(...)

In this respect, the Commission observes that there are no generally applicable criteria determining the nature of the link to the programmes and which would allow for a clear determination of which individual online activities would still fall within the category. The explanation provided by Germany in this context and which refers to the existence of a link to programmes where the media offer refer to programme offers, where new offers are based on sources and material used for TV programmes and where they serve to support, deepen and accompany the TV offers in terms of themes and content covered by TV programmes is not laid down in a binding way which would guarantee a meaningful control” (points 232 à 236).

En d’autres termes, les activités de service public doivent clairement se distinguer des activités ne présentant pas ce caractère et, partant, qualifiées de commerciales.

Ce vœu de différenciation est largement partagé par les chaînes privées, qui plaident en faveur d’une définition *ex ante* de critères permettant de circonscrire les activités relevant du service public de celles qui poursuivent des objectifs exclusivement commerciaux. Une démarcation précise entre les activités de service public et les activités commerciales des radiodiffuseurs pourrait considérablement atténuer le risque de surcompensation des coûts de service public. La pratique a, en effet, démontré que la surcompensation était à craindre dans les cas d’une définition floue de la mission de service public.

La définition du service public n'étant pas extensible à l'environnement, la Commission a pu, à juste titre, exprimer des doutes à l'encontre de l'inclusion de 'nouveaux médias' dans le périmètre du service public de radiodiffusion aux Pays-Bas³ :

« À l'issue d'un examen préliminaire, la Commission a des doutes quant à la conformité de ce financement complémentaire aux règles de l'UE sur les aides d'État fixées par le traité CE. Elle estime que certaines activités de "nouveaux médias", telles que services de SMS qui sont fournis par les radiodiffuseurs publics, sont des activités commerciales qui ne relèvent pas de leur mission de service public. Par conséquent, ces activités purement commerciales ne devraient pas être financées par l'État.

Dans le même ordre d'idée, dans sa décision relative au service public de radiodiffusion au Danemark⁴, la Commission a souligné que :

«Le service internet commercial de TV2 doit au contraire être considéré comme une activité purement commerciale, car il offre des produits interactifs pour répondre à une demande individuelle, telle que les jeux et les chambres de dialogue, qui ne se distinguent pas des produits commerciaux analogues. Comme ces services ne doivent pas satisfaire les mêmes besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société, ils ne sauraient constituer des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE. Les autorités danoises ont d'ailleurs elles-mêmes considéré que ces activités sortaient du cadre de l'activité de service public de TV2 » (point 92).

La définition du service public semble également poser problème dans l'affaire pendante relative à l'ORF, en particulier par rapport à ses activités sur Internet et les programmes sportifs⁵ :

« La Commission a appliqué ses critères d'examen d'usage en pareil cas et est parvenue à la conclusion préliminaire que la définition du mandat de service public de l'ORF manque de précision, notamment en ce qui concerne les activités sur l'internet et les programmes sportifs, et que l'exécution des missions de service public ne fait pas l'objet d'un contrôle adéquat. En outre, il semble qu'aucun mécanisme efficace ne soit prévu pour prévenir la surcompensation et assurer que l'ORF exerce ses activités commerciales conformément aux principes du marché. »

Dans l'affaire ARD-ZDF précitée, la Commission a enfin déclaré que

«Such purely commercial activities, the inclusion of which in the public service remit would constitute in the Commission's view a "manifest error" comprise in particular

³ IP/04/146 - 03/02/2004

⁴ NN22/02- 19.05.2004

⁵ IP/08/130- 31/01/2008

e-commerce (sale of goods and services over the Internet), advertisement, sponsoring and merchandising over the internet or other new media. It would also normally include pay-services such as payTV or pay-per-view services. Also, activities which are regarded as commercial on one platform should in principle also regarded as commercial when made available over another platform.

Notons, en revanche, que le support de diffusion des programmes audiovisuels n'affecte pas le caractère de service public de ceux-ci:

“On the other hand, the Commission *does not consider that the determination of a “manifest error” can be based on the mere use of new delivery platforms*, where the content is distributed over new platforms under conditions which are identical or similar to those for traditional television broadcasting. Consequently, the Commission does not consider *the inclusion of “mobile services” into the public service mission as constituting a “manifest error”*. However, where public service broadcasters commercially exploit their content by making it available to telecom operators against remuneration, this would constitute a normal commercial activity” (points 239 et 240).

Il serait utile que les précisions apportées par la Commission sur les contours de ce qui constitue une réelle mission de service public soient intégrées, normalisés en quelque sorte, dans le texte de la future Communication.

De même, la suppression de la confusion qui existe actuellement, au sein de certains Etats membres, entre la mission de service public et les obligations du secteur public constituerait également une avancée significative et appréciable.

A cet égard, une mention particulière sera faite à la situation de la France dès lors qu'elle constitue la démonstration de ce que l'application des règles communautaires relatives aux aides d'Etat, telles qu'interprétées par la Communication, reste insatisfaisante. La situation française ne constitue toutefois qu'un exemple des dérives auxquelles le système actuel ne permet pas de faire obstacle.

La France présente la double particularité :

- de définir de manière particulièrement large les missions de service public. La définition du service public de radiodiffusion comprend, en effet, des exigences de pluralisme (culturel, linguistique, de l'information, des courants de pensée et d'opinion), de qualité des programmes et d'innovation⁶ ;

⁶ Cette définition a reçu l'aval de la Commission dans sa décision du 20 avril 2005.

- d'opérer une confusion entre la définition des missions de service public et la définition des missions et obligations de contenu du secteur public de la télévision.

Ce constat résulte, notamment, de la lecture des dispositions légales suivantes.

La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (dite « la loi Léotard »), telle que complétée et modifiée, précise, dans son article 43-11, que :

« Les sociétés énumérées aux articles 44 et 45 poursuivent, dans l'intérêt général, des missions de service public. Elles offrent au public, pris dans toutes ses composantes, un ensemble de programmes et de services qui se caractérisent par leur diversité et leur pluralisme, leur exigence de qualité et d'innovation, le respect des droits de la personne et des principes démocratiques constitutionnellement définis.

Elles présentent une offre diversifiée de programmes en modes analogique et numérique dans les domaines de l'information, de la culture, de la connaissance, du divertissement et du sport. Elles favorisent le débat démocratique, les échanges entre les différentes parties de la population ainsi que l'insertion sociale et la citoyenneté. Elles mettent en œuvre des actions en faveur de la cohésion sociale, de la diversité culturelle et de la lutte contre les discriminations et proposent une programmation reflétant la diversité de la société française. Elles assurent la promotion de la langue française et mettent en valeur le patrimoine culturel et linguistique dans sa diversité régionale et locale. Elles concourent au développement et à la diffusion de la création intellectuelle et artistique et des connaissances civiques, économiques, sociales, scientifiques et techniques ainsi qu'à l'éducation à l'audiovisuel et aux médias.

Elles favorisent, par des dispositifs adaptés, l'accès des personnes sourdes et malentendantes aux programmes qu'elles diffusent.

Elles assurent l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information ainsi que l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans le respect du principe d'égalité de traitement et des recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Les organismes du secteur public de la communication audiovisuelle, pour l'exercice de leurs missions, contribuent à l'action audiovisuelle extérieure, au rayonnement de la francophonie et à la diffusion de la culture et de la langue françaises dans le monde. Ils s'attachent à développer les nouveaux services susceptibles d'enrichir ou de compléter leur offre de programmes ainsi que les nouvelles techniques de production et de diffusion des programmes et services de communication audiovisuelle ».

Les sociétés énumérées aux articles 44 et 45 qui poursuivent des missions de service public sont les sociétés nationales de programme (« SNP ») appartenant au groupe

France Télévisions ainsi que Arte-France, dont le capital est détenu directement ou indirectement par l'Etat ou des personnes publiques :

« Article 44

*Il est créé une société, dénommée **France Télévisions**, chargée de définir les orientations stratégiques, de coordonner et de promouvoir les politiques de programmes et l'offre de services, de conduire les actions de développement en veillant à intégrer les nouvelles techniques de diffusion et de production et de gérer les affaires communes des sociétés suivantes, dont elle détient la totalité du capital :*

*1° La société nationale de programme, dénommée **France 2**, chargée de concevoir et de programmer des émissions de télévision destinées à être diffusées sur l'ensemble du territoire métropolitain. Cette société propose une programmation généraliste, de référence et diversifiée à l'intention du public le plus large, favorise la création de productions télévisuelles originales et assure une information nationale et internationale ;*

*2° La société nationale de programme, dénommée **France 3**, chargée de concevoir et de programmer des émissions de télévision à caractère national, régional et local, destinées à être diffusées sur tout ou partie du territoire métropolitain. Cette société propose une programmation généraliste et diversifiée. Elle assure en particulier une information de proximité et rend compte des événements régionaux et locaux ;*

*3° La société nationale de programme, dénommée **France 5**, chargée de concevoir et de programmer des émissions de télévision à caractère éducatif et favorisant l'accès au savoir, à la connaissance, à la formation et à l'emploi, destinées à être diffusées sur l'ensemble du territoire métropolitain. Cette programmation doit contribuer à l'éducation à l'image et aux médias.*

Cette société favorise la diffusion de programmes éducatifs et de formation sur des supports diversifiés ainsi que leur utilisation par d'autres services de communication audiovisuelle et par les organismes d'enseignement et de formation.

*4° La société nationale de programme, dénommée **Réseau France outre-mer**, chargée de concevoir et de programmer des émissions de télévision et de radio destinées à être diffusées dans les collectivités françaises d'outre-mer. Cette société assure la promotion de la langue française ainsi que celle des langues et cultures régionales. Les émissions des autres sociétés nationales de programme sont mises à sa disposition à titre gratuit. Les programmes qu'elle produit sont mis gratuitement à la disposition de la société France Télévisions ainsi que de la société Radio France qui assurent la promotion et le rayonnement des cultures de la France d'outre-mer en métropole.*

(...)

Article 45

*Une société dénommée **ARTE-France** est chargée de concevoir et de fournir les programmes et les moyens nécessaires à l'exercice des missions du groupement européen d'intérêt économique ARTE issu du traité du 2 octobre 1990 instituant une chaîne culturelle européenne. Les émissions doivent tenir compte du caractère international, en particulier européen, de son public (...) ».*

Il est intéressant de relever que la Communication de la Commission procède de la même confusion entre le secteur public et le service public lorsqu'elle note que :

*« compte-tenu de ces caractéristiques propres au secteur de la radiodiffusion, une mission de service public couvrant un large éventail de programmes conformément à sa mission », ainsi que l'affirme la résolution, peut en principe être considérée comme légitime, en ce qu'elle vise à établir une programmation équilibrée et variée apte à conserver **aux organismes publics de radiodiffusion** un certain taux d'audience, et à assurer ainsi l'accomplissement de leur mission, à savoir satisfaire les besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société et garantir le pluralisme » (point 13).*

Toutefois, la Communication précise, ensuite, que :

*« **les opérateurs privés, dont un certain nombre sont également soumis à des obligations de service public, participent eux aussi à la réalisation des objectifs du protocole**, dans la mesure où ils contribuent à assurer le pluralisme, enrichissent le débat culturel et politique et élargissent le choix de programmes » (point 14).*

Il en résulte que la Commission n'exclut pas que des opérateurs privés assument des obligations de service public.

Le choix de lier la définition des missions et obligations de service public à une référence directe au secteur public a, en pratique, une double conséquence :

- cela renforce l'idée que l'audiovisuel comprend deux secteurs concurrents, l'un public et l'autre privé ;
- cela renforce également l'idée que le secteur public assume des missions et des obligations d'un niveau plus élevé que le secteur privé, à la fois qualitativement et quantitativement.

Compte tenu de la similarité entre les obligations assumées en France, respectivement, par les radiodiffuseurs privés et les chaînes du groupe France Télévisions, il est donc permis de s'interroger sur le maintien de la définition des missions de service public : ne faudrait-il pas procéder à une nouvelle/meilleure évaluation de ces missions afin de les limiter à ce qui relève strictement du service public de la radiodiffusion ?

L'Observatoire européen de l'audiovisuel concluait son étude⁷, menée en 2007, dans le même sens:

*« il apparaît délicat de définir l'entreprise publique de télévision et de rechercher ce qui fait sa spécialité sur le fond, **et ceci d'autant plus que le secteur privé se voit imposer des obligations d'intérêt général, des objectifs éditoriaux étendus des chaînes publiques aux opérateurs privés**, soit par la loi soit par le règlement, soit par convention passée avec l'autorité de régulation. La confirmation du rôle essentiel de l'autorité de régulation et, notamment, de son pouvoir de recommandation, a contribué à estomper les éléments de caractérisation du secteur public. **Le secteur privé, tout comme le secteur public, se voit par là même soumis à un ensemble d'obligations déontologiques et d'ordre public, si bien que le secteur public se définit principalement par un critère propre au secteur privé, le capital. Le triptyque « informer, éduquer, distraire » est assumé par l'ensemble des opérateurs audiovisuels et ne constitue plus une mission en tant que tel, aussi le service public ne peut-il plus être défini sur le fondement de grandes missions générales** ».*

Une clarification des missions de service public contribuerait également à rassurer les autres opérateurs opérant sur le marché de la radiodiffusion. Comme le remarque, à juste titre, la Commission dans l'affaire ARD-ZDF précitée :

*« a general authorisation of public service broadcasters to offer such loosely defined new media services and the resulting lack of predictability for third parties bears the risk that other market operators are discouraged to develop and offer such new media services. **A clearly defined public service mission is important to strike a balance between the provision of services in the general economic interest and a level playing field between public and private operators, thus ensuring that the financing of new media activities does not run counter to the Community interest** » (point 230).*

Assurer une meilleure effectivité du contrôle de la bonne exécution du mandat de service public fait également partie des améliorations régulièrement souhaitées par les radiodiffuseurs privés.

⁷ « La Culture de service public de radiodiffusion », *Iris Spécial*, 2007, Observatoire européen de l'audiovisuel, p. 93 et svts, spéc. p. 104

IV. Le contrôle de la bonne exécution du mandat de service public

A cet égard, la Communication commence par rappeler l'exigence d'un mandat accordé par un acte officiel et indique ensuite que :

*«Il ne suffit pas que l'organisme public de radiodiffusion soit officiellement chargé de fournir un service public bien défini. Il convient aussi que ce service public soit effectivement fourni selon les modalités définies dans le document officiel négocié entre l'État et l'entreprise mandatée. Pour cela, **il serait souhaitable** qu'une autorité compétente ou un organisme désigné à cet effet contrôle son application. La nécessité d'une autorité compétente ou d'un organisme qui soit chargé d'exercer un tel contrôle apparaît de façon évidente pour ce qui est des normes de qualité imposées à l'organisme mandaté. Conformément à la communication de la Commission sur les principes et les lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique), ce n'est pas à la Commission qu'il appartient d'apprécier le respect des normes de qualité: elle doit pouvoir s'appuyer sur un contrôle adéquat effectué par les États membres.*

*C'est à l'Etat membre qu'il appartient de choisir le mécanisme garantissant un contrôle efficace de l'accomplissement des obligations de service public. **Un tel organisme ne pourrait être considéré comme exerçant efficacement ses attributions que s'il est indépendant de l'entreprise mandatée.***

En l'absence d'indices suffisants et fiables établissant que le service public est effectivement fourni selon les termes du mandat, la Commission n'aurait pas la possibilité d'accomplir la mission lui incombant en vertu de l'article 86, paragraphe 2, du traité et ne pourrait donc accorder aucune exemption au titre de cet article » (points 41 à 43).

La Communication invite donc les Etats membres à déléguer ce contrôle à une entité indépendante de l'organisme de radiodiffusion contrôlé, sans toutefois préciser les critères de l'indépendance.

Il ressort de la pratique décisionnelle de la Commission que les formes de contrôle suivantes ont été considérées appropriées :

- le contrôle parlementaire sur rapport du radiodiffuseur (Allemagne- affaire E3/2005, pt. 257 ; affaire E 8/2005 RTVE, pt. 61 ; affaire C 62/99 RAI ; 15.10.2003, pt. 119) ;
- le contrôle par un organe indépendant nommé par le gouvernement (*l'Audit Committee* du *Board of Governors* nommé par le gouvernement anglais, affaire

N 631/2001 *BBC licence fee* - 22.05.2002 ; le *Commissariaat voor de Media* néerlandais –affaire NN170/2003- 22.06.2006, pt. 31) ;

- le contrôle gouvernemental sur rapports du radiodiffuseur accompagné d'un rapport établi par un panel de représentants de l'opinion publique (affaire - NN 31/2006 *RTP* - 04.07.06, pt. 23ss) ;
- le contrôle par la Cour des comptes (affaire C2/2003 *TV2* ; 19.05.2004, pt. 95).

A l'inverse, la Commission a émis des doutes sur l'efficacité des contrôles internes qui ne font pas obstacle à l'existence de conflits d'intérêts (affaire E3/2005 *ZDF-ARD*, décision du 24.04.07, pt. 255).

Dans le cas de la France, la Commission a conclu que l'exécution du mandat de service public était correctement contrôlée (affaire E10/2005 ; 20.04.2005), car formellement :

- France 2 et France 3 doivent adresser un rapport sur l'exécution de leur mission au ministre chargé de la communication et au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) ;
- ce dernier publie un rapport annuel sur l'exécution des cahiers des charges des chaînes publiques et peut adresser des observations publiques au conseil d'administration de France Télévisions ;
- le Parlement vote le budget des chaînes et peut connaître de l'exécution du mandat ;
- le Conseil d'administration de France Télévisions est composé de 10 personnes sur 12 qui peuvent être considérées, en regard du droit français, comme indépendantes des chaînes (parlementaires, représentants du gouvernement et personnalités qualifiées).

En pratique, toutefois, l'indépendance du contrôle exercé sur l'exécution des missions de service public des chaînes du groupe France Télévisions peut être discutée. En effet, il est permis de mettre en doute l'indépendance du contrôle gouvernemental et parlementaire sur des chaînes dont l'Etat est l'unique actionnaire. La forte influence des forces politiques en place et le faible pouvoir de contrôle du CSA, à cet égard, ont été récemment mis en lumière par l'Observatoire européen de l'audiovisuel dans l'étude précitée:

« L'apparition d'une autorité de régulation, garantie inédite de l'autonomie de l'audiovisuel par rapport au pouvoir politique, compétent notamment pour veiller au respect des missions de service public et nommer certain nombre d'administrateur des SNP [sociétés nationales de programmes], n'entame pas complètement la marge

*d'intervention du gouvernement dans la gestion du secteur public de l'audiovisuel. Si c'est essentiellement pour le secteur public que la CSA est habilitée à fixer certaines règles destinées à régir l'accès à l'antenne des courants d'opinion, **sa compétence est par ailleurs limitée**. En dehors de son pouvoir de nomination qui a fait l'objet de nombreuses critiques, **la CSA dispose de peu de moyens d'action sur les services de télévision publics. Il ne dispose par exemple d'aucun pouvoir financier et détient un simple pouvoir consultatif pour l'élaboration des cahiers des charges**. En revanche, **force est de constater que l'action étatique demeure importante**. Cette influence se matérialise tout d'abord dans le droit de propriété exercé par l'Etat actionnaire des SNP, dont le statut est par ailleurs approuvé par le pouvoir réglementaire. Si bien que fort logiquement, le gouvernement et le parlement disposent d'un pouvoir de nomination de certains membres des conseils d'administration des sociétés du secteur public de l'audiovisuel. La prépondérance de l'Etat est également perceptible s'agissant des obligations de contenu incombant à ces sociétés sur le fondement des cahiers des charges, actes administratifs unilatéraux édictés par le Premier ministre, après avis du CSA. Enfin, l'Etat peut potentiellement user de son influence politique au travers du contrat d'objectifs et de moyens passé avec la société France Télévisions et dont l'objet principal réside dans la gestion des ressources publiques octroyées par l'Etat. »⁸*

Le CSA exerce bien un contrôle de l'exécution du cahier des missions et charges des chaînes publiques lors de la publication annuelle du bilan des chaînes, mais ne dispose concrètement d'aucun pouvoir de contrainte, qu'il soit réglementaire ou budgétaire.

La question du contrôle du mandat a également été soulevée récemment dans les enquêtes relatives au financement des radiodiffuseurs publics belge néerlandophone (VRT) et irlandais (RTE et TG4).

Au regard de ces observations, la Communication devrait être modifiée afin de rendre contraignante et opérationnelle l'obligation de contrôle des missions de service public des radiodiffuseurs mandatés. La communication devrait également davantage préciser la notion de « contrôle indépendant », afin de limiter les risques de contournement de ces règles.

V. La nécessaire clarification des modes de financement

Le mode de financement n'est pas neutre dans l'analyse relative à l'existence d'une aide et, tout comme pour les autres éléments évoqués ci-dessus (mission et contrôle),

⁸ Précitée, p. 98.

l'évaluation plus stricte de sa compatibilité participerait, selon nous, à une amélioration substantielle du droit communautaire applicable.

Bien que la Communication ne préjuge pas de la légalité du mode de financement du service public choisi, ni de la capacité des Etats membres d'opter entre le financement unique ou le financement mixte (pt. 44-48 de la Communication), il n'en demeure pas moins que le choix d'un financement au moyen de ressources multiples (financement mixte) complique lourdement la tâche de la Commission dans l'analyse de la proportionnalité de la compensation.

En outre, le choix du financement unique, et donc, de la limitation de la capacité des opérateurs publics de mener des activités commerciales, semble devoir également circonscrire les missions de service public assignées, au profit d'une plus grande transparence et d'une concurrence non-fauscée. L'exemple de la situation inverse est fourni par le diffuseur danois TV2, dont la prépondérance des activités commerciales sur les missions de service public a conduit, en toute logique, à la privatisation et au financement unique au moyen de ressources commerciales pour trois des quatre chaînes du groupe⁹.

Le retour au financement unique par la suppression de la publicité sur les chaînes investies d'obligations de service public est un débat récurant au sein des Etats membres de la Communauté. Si la Lituanie a décidé, il y a peu, de s'interroger sur cette suppression, une mention particulière sera faite de la décision récente des pouvoirs publics français en ce sens, et de ses conséquences.

A l'horizon 2009 ou 2010, et si le Président de la République française mène à bien sa réforme, les chaînes publiques ne devraient être financées que par des fonds publics. Cependant, certains principes du mécanisme exploré actuellement par les pouvoirs publics français semblent problématiques et risquent de détourner la réforme de son objectif de clarification, et ce, pour plusieurs raisons.

Premièrement, aucun chantier n'a été engagé à ce jour pour refondre les cahiers des charges des chaînes publiques dans le sens d'une programmation de service public qui ne serait plus orientée vers des objectifs commerciaux d'audience. De la même manière, aucune information n'a été donnée sur la politique mise en place pour renforcer le soutien à la création et la réallocation des ressources publiques vers le secteur culturel. Or, le financement public de programmes indéniablement « commerciaux » (jeux, divertissements, fictions américaines...) et exclusivement destinés à la réalisation de la plus forte audience au détriment des programmes culturels, révélerait un usage

⁹ Observatoire européen de l'audiovisuel, op. cit.p. 55.

inapproprié des ressources publiques. En effet, le maintien de ce type de programmation exprimerait une volonté de se situer dans le cadre d'une concurrence vive sur le marché de l'acquisition des contenus, alors même que le service public, ne bénéficiant plus de l'accès à la recette publicitaire, se trouverait délivré de toute pression sur ses résultats d'audience.

Deuxièmement, aucun contrôle n'est prévu afin de garantir la gestion optimisée des fonds du service public. Pourtant, il serait anormal que le contribuable participe au financement de dépenses sans lien avec la mission de service public, ayant par ailleurs un effet inflationniste sur le marché des droits. Or, l'actualité récente a prouvé, dans plusieurs pays européens, que les radiodiffuseurs publics n'hésitaient pas à surenchérir systématiquement notamment sur le marché des événements sportifs.

La perspective d'un financement unique des activités du service public au moyen de ressources exclusivement étatiques devrait entraîner, en France, comme dans tout Etat membre, une redéfinition claire des obligations de service public et de leurs coûts, ainsi que la mise en place d'un contrôle effectif et renforcé de l'exécution de ces obligations et de l'utilisation des ressources d'Etat.

Enfin, les pouvoirs publics français ont émis l'idée de compenser le manque à gagner publicitaire de France Télévisions par la taxation des chaînes de télévision privées et du secteur des télécommunications. Si cette mesure fait sens pour le secteur des télécommunications, qui utilise de plus en plus la télévision comme moteur de sa croissance (convergence, offres *triple play*, etc), il n'en va pas de même d'une taxe sur les chaînes de télévision privées. Certes, ces dernières bénéficieront d'un effet de report (toutefois limité), cependant, il serait curieux et singulier que des chaînes de service public soient financées par leurs concurrents privés.

La Finlande, qui imposait jusqu'en 2007 des redevances d'exploitation aux radiodiffuseurs privés au profit des opérateurs chargés d'obligations de service public a bien compris le caractère insoutenable de ce mode de financement et a préféré supprimer ces taxes et augmenter la redevance, au profit d'une plus grande concurrence sur le marché émergent de la diffusion numérique¹⁰.

Le service public de radiodiffusion du Royaume-Uni, si souvent cité en exemple, n'a pour sa part jamais envisagé un tel système, mais au contraire, a toujours politiquement assumé l'imposition d'une redevance relativement élevée par rapport à ses voisins européens.

¹⁰ Op. cit., p. 80.

Il résulte de cet examen que la problématique du financement public des radiodiffuseurs chargés par l'Etat membre concerné de mener à bien des missions de service public nécessite des éclaircissements significatifs pour mettre fin aux incertitudes juridiques qui subsistent et aux nombreuses procédures qu'elles ont suscitées.

Nous espérons par le présent texte avoir pu contribuer au débat ouvert par la Commission sur cette question

Bruxelles, 10 mars 2008
