

Internet

Verena Wiedemann, responsable du bureau de liaison de l'ARD à Bruxelles



Internet

Verena Wiedemann

Responsable du bureau de liaison de l'ARD à Bruxelles

Les activités sur Internet
seront-elles permises aux
radiodiffuseurs publics?

Le service public de radiodiffusion va-t-il perdre sa raison d'être, en Europe, avec la numérisation des réseaux de communication et la convergence des médias ? Ou ses fonctions et tâches démocratiques, sociales et culturelles garderont-elles toute leur valeur et leur légitimité dans la société de l'information ? C'est à cette question fondamentale que s'intéresse en ce moment la Commission européenne. Elle doit se prononcer sur plusieurs affaires d'aides d'État dont a été saisie la direction générale de la Concurrence, à Bruxelles, par des sociétés de médias privées qui contestent divers services assurés par des radiodiffuseurs publics en Europe, y compris les modalités de leur financement. L'une de ces plaintes émane de l'association des organismes de radiodiffusion et de télécommunications d'Allemagne, la VPRT ; elle vise notamment les services en ligne assurés par les radiodiffuseurs publics allemands ARD et ZDF.

En 1997, les États membres ont assorti le Traité CE d'un texte complémentaire prenant la forme du protocole n° 23 au Traité d'Amsterdam. Il s'agit d'une disposition interprétative de l'article 86(2) du Traité CE, qui reconnaît le droit des États membres d'assurer des services d'intérêt économique général. Il y est stipulé que les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne «sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion, dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre.» On y lit, en revanche, qu'il appartient à la Commission de s'assurer que «ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service

public doit être prise en compte». Somme toute, le protocole d'Amsterdam établit une répartition claire et incontestable des responsabilités. Les États membres sont compétents pour définir la mission des radiodiffuseurs de service public et pourvoir à leur financement ; de son côté, la Commission est compétente pour déterminer si, dans un cas particulier, les décisions prises à cet égard par un État membre sont contraires à l'intérêt commun parce qu'elles altèrent les échanges entre États membres et faussent la concurrence.

Jusqu'à présent, dans les dossiers d'aides d'État impliquant des radiodiffuseurs publics, la Commission a interprété le protocole d'Amsterdam de manière large. Elle admettait que les États membres eussent, compte tenu du rôle du service public de radiodiffusion pour promouvoir la démocratie, la cohésion sociale, la diversité culturelle et le pluralisme des médias, une grande marge de manœuvre pour cerner la mission de service public. Dans son examen des aides d'État accordées au titre de l'article 86(2) du Traité CE aux services d'intérêt économique général, ceux-ci comprenant également le service public de radiodiffusion, la Commission se contentait de vérifier si un État membre avait commis une «erreur manifeste» en définissant la mission de service public.

Avis récents

À présent, quelques représentants de la direction générale de la Concurrence ne cachent pas leurs préoccupations quant au risque qu'une définition large de la mission puisse créer, notamment lorsque la marge d'interprétation est grande, ce qu'il est convenu d'appeler une *mission creep*, autrement dit une dérive de la mission; ce phénomène est décrit comme une expansion graduelle des objectifs et méthodes de la mission pouvant à son tour provoquer une explosion des coûts du service public de radiodiffusion.*

* *Stefaan Depypere et Nynke Tigchelaar, dans «The Commission's state aid policy on activities of public service broadcasters in neighbouring markets», article paru à l'été 2004 dans la «Competition Policy Newsletter» n° 2, pages 19 à 22.*

Ces mêmes représentants considèrent l'Internet comme un marché voisin de la radio et de la télévision ; ils affirment que si la mission est définie de manière large, les radiodiffuseurs publics seront tentés de pénétrer sur ces marchés voisins, d'autant qu'à la faveur de la technologie numérique ils peuvent le faire d'une manière à la fois efficace et économique. Du côté des radiodiffuseurs publics, l'on maintient que les activités de service public ne perdent rien de leur caractère lorsqu'elles sont proposées sur l'Internet: ce qui est déterminant, ce n'est pas l'identité du marché voisin, mais la nature du service et son rôle pour promouvoir la démocratie et la diversité culturelle conformément à la mission.

À cela les représentants de la Commission répondent que même si les programmes de télévision et les services assurés sur l'Internet partagent souvent le même contenu, leur nature est différente selon le marché sur lequel ils sont offerts. Les États membres doivent donc être astreints à un examen critique de la possibilité de transposer (par le biais de la définition de la mission) la légitimité du rôle du service public de radiodiffusion, établie dans le monde analogique, au secteur des services numériques sur l'Internet. À l'appui de cet argument, ils citent un exemple puisé hors du contexte de l'Internet. Selon Depypere et Tigchelaar, représentants de la Commission, un certain nombre de justifications traditionnelles du service public de radiodiffusion, par exemple le fait que les chaînes de télévision publiques doivent montrer des matches de football, très populaires, pour inciter les téléspectateurs à regarder également l'émission culturelle qui va suivre, ne

sont plus valables dès lors qu'une chaîne publique, dédiée spécifiquement au football, n'offre pas d'autres sortes de programmes et qu'aucun apport rédactionnel propre n'est perceptible.

À cet égard, le raisonnement des deux représentants de la Commission est quelque peu obscur. La Commission a reconnu en maintes occasions qu'il est légitime de la part des radiodiffuseurs publics d'offrir des chaînes spécialisées dans le cadre de bouquets numériques. Dans le cas de l'Internet, le fait d'offrir du contenu sportif sur un site Web, afin d'attirer un large public auquel on propose ensuite un contenu culturel sur le même site Web, s'inscrit parfaitement dans la logique des critères que ces représentants de la Commission paraissent accepter pour justifier l'existence de la radiodiffusion de service public. De toute façon, chargés des dossiers d'aides d'État actuellement en examen, concernant des services publics de radiodiffusion, ils concluent par un avertissement : la Commission doit s'assurer, chaque fois qu'un radiodiffuseur public se lance dans une «activité commerciale» sur un marché voisin, que les règles du marché sont respectées et, en particulier, qu'il n'y a pas de subventionnement croisé avec des fonds publics. Bien entendu, ce raisonnement est essentiellement circulaire, la question se résumant à savoir si le service est «commercial» lorsqu'il est assuré par un radiodiffuseur public dans le cadre de la mission qui lui a été attribuée par l'État membre.

Cet article récemment paru dans le bulletin d'information de la DG de la Concurrence de la Commission («Competition Policy Newsletter») est présenté comme reflétant l'opinion des deux auteurs et, comme on pouvait s'y attendre, il ne va pas jusqu'à prédire l'issue de l'examen des activités en ligne de l'ARD et de la ZDF par la Commission. Les auteurs se contentent plutôt de commenter quelques-unes des décisions les plus

récentes de la Commission en la matière, sans indiquer clairement comment la Commission entend orienter ses nouvelles décisions.

C'est sur cet aspect que se concentrera l'analyse qui suit.

Décisions antérieures

À ce jour, deux décisions de la Commission en matière d'aides d'État* concernaient directement des services en ligne assurés par des radiodiffuseurs publics. Selon la Commission, toutes les formes de financement de la radiodiffusion publique sont des aides d'État, même si certains éléments d'appréciation juridiques, pour déterminer le seuil à partir duquel il faut conclure à une aide d'État, alimentent encore une polémique entre le gouvernement allemand et la Commission, à propos du financement de l'ARD et de la ZDF. Ces aspects juridiques n'étant toutefois pas le propos essentiel de ce document, nous les laisserons de côté.

* *Affaire N 37/2003 BBC Digital Curriculum, «Journal officiel» 2003, C 271 du 1.10.2003. Affaire C 2/03 (ex-NN 22/02) TV2 Danemark, du 19.4.2004 ainsi qu'une ouverture d'enquête officielle de compatibilité des aides d'État (NOS/NOB du 10.03.2004)*

La politique décisionnelle de la Commission, qui prend forme depuis 2003, suggère fortement que la Commission entend sévèrement limiter la compétence des États membres de définir la mission des radiodiffuseurs publics pour ce qui est des activités en ligne, aussi large que soit leur compétence pour définir la mission des services de radio et de télévision en matière de programmes. Comme nous allons le voir, ses récentes décisions ne sont pas seulement en contradiction avec le droit européen en matière d'aides d'État tel que l'a développé la Cour de justice des Communautés européennes : elles s'inscrivent également

à l'opposé de l'interprétation que la Commission elle-même donnait auparavant des règles sur les aides d'État et qu'elle a confirmée dans sa communication de 2001 concernant l'application au service public de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État («Journal officiel 2001», C 320/04). De plus, cette nouvelle orientation ne concorde pas avec les décisions antérieures prises par la Commission dans le secteur de la radiodiffusion.

Protocole d'Amsterdam

Le protocole d'Amsterdam ne s'appliquerait-il plus aux services en ligne ?

Situation jusqu'en 2002 : la Commission a régulièrement admis dans les

affaires d'aides d'État concernant des radiodiffuseurs publics qu'étant donné le rôle particulier du service public de radiodiffusion comme ferment de la démocratie, de la cohésion sociale, de la diversité culturelle et du pluralisme des médias, tel qu'il est confirmé dans le préambule du protocole d'Amsterdam, les États membres ont une marge de manœuvre particulièrement étendue pour définir la mission de service public ; cette liberté va même au-delà de la compétence qui leur est attribuée par l'article 86(2) du Traité CE pour définir et financer les services d'intérêt économique général. Ainsi, la Commission déclare dans sa communication de 2001 (paragraphe 33) :

«La définition de la mission de service public incombe aux États membres, qui peuvent prendre des décisions en

la matière au niveau national, régional ou local. En général, ils doivent tenir compte pour cela du concept communautaire de «services d'intérêt économique général». Toutefois, 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 mandat tout en conservant un certain taux d'audience peut être considérée, compte tenu des dispositions interprétatives du protocole, 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.»



Dans la même communication, la Commission reconnaît explicitement la pertinence du protocole d'Amsterdam en ce qui concerne la large compétence des États membres d'inclure les services en ligne dans la mission de service public, dans la mesure où ces services répondent aux mêmes besoins de la société que les services de radiodiffusion traditionnels (paragraphe 34) :

«De même, la mission de service public peut englober certains services qui ne sont pas des «programmes» au sens traditionnel du terme, par exemple des services d'information en ligne, dans la mesure où ils visent à satisfaire – compte tenu également du développement et de la diversification des activités de l'ère numérique –, les mêmes besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société.»

Il n'y a pas mille façons de comprendre ces affirmations. Se référant au protocole d'Amsterdam, la Commission prend position en faveur d'une définition dynamique et techniquement neutre de la mission, qui soit ouverte aux nouveaux développements et fondée sur la fonctionnalité du contenu de service public (approche fonctionnelle de la mission de radiodiffusion). Bien entendu, la Commission reconnaît expressément la souveraineté des États membres pour construire cette définition dynamique et techniquement neutre.

Dans sa décision concernant la chaîne d'information en continu de la BBC*, la Commission reconnaissait également le caractère spécifique de la mission du service public de radiodiffusion :

«Le caractère de service public d'un service ne peut être apprécié d'après le critère de la plate-forme de distribution. À partir du moment où le gouvernement du Royaume-Uni a défini un certain service comme procédant du service public (designnant ainsi le service d'intérêt économique

général visé à l'article 86(2)), cela reste un service public quelle que soit la plate-forme de distribution.»

Trois ans plus tard, la Commission réaffirmait cette évaluation fonctionnelle de la mission. Dans sa décision du 22 mai 2002 concernant les neuf nouvelles chaînes de télévision et de radio numériques de la BBC, elle déclarait que «les services publics de radiodiffusion peuvent développer et diversifier leurs activités à l'ère numérique pour autant qu'il soit satisfait aux mêmes besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société.» **

Pour étayer cette argumentation juridique, la Commission citait la résolution du 25 janvier 1999, dans laquelle le Conseil et les représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, notent et réaffirment que «la capacité du service public de radiodiffusion à offrir des programmes et services de qualité au public doit être maintenue et renforcée, y compris le développement et la diversification des activités de l'ère numérique».

* *NN 88/98 BBC News 24, «Journal officiel», 2000, C 78, décision du 18.03.2000.*

** *N 631/2001 BBC Licence Fee, «Journal Officiel» 2003, C 23, décision du 30.01.2003.*

Les deux représentants de la Commission cités plus haut concèdent que la Commission a adopté, dans le passé, une approche techniquement neutre dans l'application des règles d'aides d'État au service public de radiodiffusion. Ce qu'ils omettent toutefois de dire, c'est que ces décisions admettaient également une *interprétation fonctionnelle de la mission* et notamment la possibilité qu'une mission, telle que définie par les États membres, puisse également promouvoir les besoins démocratiques, sociaux et culturels par le biais de services assurés sur de nouvelles plates-formes et par de nouvelles





technologies, au fur et à mesure que celles-ci apparaîtront et se développeront. Au lieu de cela, ils s'attachent à *l'identité nominale des services*, qui, à leur sens, est intrinsèquement différente selon qu'il s'agit de l'Internet ou de la télévision, puis ils considèrent cette différence comme juridiquement déterminante pour conclure à une aide d'État. Ce raisonnement arbitraire et plutôt superficiel consistant à dire qu'un service change de nature lorsqu'il passe d'une à une autre, est l'antithèse même de la neutralité technologique. Il conduit invariablement à la conclusion, résultat que recherchent du reste les intéressés, que la mission de service public ne peut pas être transposée d'une de distribution (par exemple de point à multipoint, ce qui correspond à la radiodiffusion traditionnelle), à une autre (par exemple de point à point, ce qui correspond à l'Internet).

Depuis 2003

Changement de cap depuis 2003.

Décision concernant la BBC

Avec sa décision dans l'affaire *BBC Digital Curriculum* en octobre 2003, la Commission a pour la première fois rompu avec la large définition jusque-là donnée de la mission de la radiodiffusion (de service public). Appelée en l'espèce à se prononcer sur la licéité d'utiliser la redevance pour financer les services éducatifs assurés par la BBC sur l'Internet, la Commission a commencé par constater que les services éducatifs en ligne n'ont pas de rapport étroit avec les services de radio et de télévision de la BBC. À ses yeux, ces services constituent une activité tout à fait nouvelle et distincte de l'offre radiophonique et télévisuelle. Ce fait une fois établi, la Commission a explicitement réfuté l'argument voulant que les services éducatifs se fussent inscrits depuis des décennies au cœur de la mission de radiodiffusion de la BBC et que les services de l'Internet ne fussent qu'une

évolution logique de ces services éducatifs traditionnels.

Suivant son raisonnement, la Commission a introduit un nouveau critère, jusque-là inconnu dans la jurisprudence en matière d'aides d'État dans le secteur de la radiodiffusion, à savoir une clause du besoin, autrement dit les perspectives d'activités des concurrents, sur le marché de l'Internet, dans le domaine des services éducatifs. Avec ses services éducatifs financés par des fonds publics, la BBC a mis le pied, au dire de la Commission, dans un marché déjà développé où les fournisseurs de services commerciaux avaient rencontré jusque-là peu de concurrence, voire aucune, de la part de la BBC. Dans la pensée de la Commission, l'offre de services éducatifs sur l'Internet a donc modifié une situation établie.

Première conséquence : la Commission a traité la redevance servant à payer ces services comme une forme de «nouvelle» aide d'État devant faire l'objet d'une notification ainsi que d'un examen et d'une approbation préalables par la Commission***, autrement dit l'aide qu'un État membre accordait déjà au moment de son adhésion à l'Union européenne, une «nouvelle» aide d'État est celle qu'accorde pour la première fois un État membre après son adhésion. Une nouvelle aide d'État peut être entièrement supprimée si elle n'a pas été notifiée à la Commission (ce fut le cas de la BBC, qui utilisait la redevance pour assurer des services éducatifs) et approuvée avant son attribution.

*** Conformément à l'article 88 (2) et (3) du Traité CE. Contrairement à l'aide d'État «existante» prévue à l'article 88 (1) du Traité CE.

Dans le cas d'une aide existante, la Commission peut seulement exiger que l'État membre prenne les mesures appropriées pour adapter son régime d'aides d'État aux exigences du droit

européen; il n'y a pas d'obligation de notification.

Dans un deuxième temps, la Commission a cherché à savoir si l'offre de services éducatifs de la BBC est compatible avec l'article 86(2) du Traité CE, qui permet aux États membres, à certaines conditions, d'assurer et de financer des services d'intérêt économique général. Se démarquant de ses décisions antérieures, la Commission ne s'est pas référée ici au protocole d'Amsterdam pour déterminer la légitimité de la mission éducative de la BBC. Après avoir d'abord réfuté l'idée que le service Internet puisse faire partie de la mission de *radiodiffusion*, elle s'est demandé si le service peut être autorisé en tant que service d'intérêt économique général et a estimé que l'intérêt du public en matière d'éducation est une justification valable. À ce propos, la Commission a simplement déclaré qu'aucune erreur manifeste de la part du Royaume-Uni n'est décelable dans le fait de fournir gratuitement des services éducatifs aux écoles et aux étudiants.

Dans le même temps, la Commission a bien précisé qu'elle peut légitimer cette mission éducative de la BBC uniquement parce que le gouvernement britannique a défini la mission de manière très restrictive, en veillant à ne pas nuire aux concurrents. Dans ce contexte, la Commission a cité une des conditions majeures du gouvernement pour conférer la mission à la BBC, à savoir: l'offre de la BBC doit clairement se différencier des offres des concurrents commerciaux et ne peut représenter qu'une offre complémentaire sur le marché. En outre, la Commission a donné de l'importance à l'obligation faite à la BBC de tenir un registre de tous les services qu'elle assurera pendant les cinq ans de validité de sa concession, ceci devant permettre aux concurrents d'adapter leurs stratégies de marché longtemps à l'avance. Cette obligation permet aussi de prendre des sanctions

efficaces à l'encontre de la BBC si elle dépasse le cadre de sa mission.

De même ne trouve-t-on, dans la décision de la Commission d'ouvrir des procédures dans l'espèce néerlandaise, pas plus que dans sa décision sur le dossier danois TV2, la moindre allusion au protocole d'Amsterdam en ce qui concerne l'application des règles d'aides d'État aux services Internet assurés par des radiodiffuseurs publics. Au contraire, ces décisions se réfèrent uniquement à la communication de la Commission de 2001, et aux critères de marché amenés pour la première fois dans l'affaire BBC et développés un peu plus dans les décisions néerlandaise et danoise, comme cela est expliqué ci-après.

Analyse

Le fait que la Commission omette d'appliquer le protocole d'Amsterdam aux services en ligne des radiodiffuseurs publics constitue une violation du droit primaire européen. En effet, selon l'article 311 du Traité CE, le protocole fait partie intégrante du Traité et forme une disposition interprétative contraignante. En outre, aucun élément du texte du protocole ne permet de conclure que la mission des radiodiffuseurs publics doit se limiter à des plates-formes de distribution «classiques». En réalité, le protocole ne désigne aucun mécanisme spécifique de distribution. Il parle de la mission «telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre», et il apparaît que des services en ligne s'inscrivaient déjà dans cette mission lorsque le protocole d'Amsterdam a été adopté en 1997. À l'époque, beaucoup de radiodiffuseurs publics offraient même des services en ligne sur l'Internet.

Loin de définir la radiodiffusion publique de manière restrictive et technique, le protocole d'Amsterdam prenait déjà une option d'ouverture permettant aux États membres



d'adapter la mission aux progrès technologiques et aux fonctions du service public de radiodiffusion, consistant à promouvoir la démocratie, la cohésion sociale, la diversité culturelle et le pluralisme des médias. À cet égard, le protocole s'alignait sur des traditions et des pratiques de longue date. Les États membres ont toujours interprété la notion de «radiodiffusion», dans le contexte de la mission des radiodiffuseurs publics, de manière dynamique, souple et évolutive, et c'est encore le cas aujourd'hui.

Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, la notion de «radiodiffusion» ne peut pas être définie une fois pour toutes, selon un schéma particulier. Selon la Cour, les radiodiffuseurs publics doivent en effet avoir la faculté de s'adapter à des circonstances nouvelles pour continuer de remplir leurs fonctions démocratiques et formatrices de l'opinion. Devant le rythme effréné des progrès techniques, la Cour constitutionnelle a statué dès 1987 que les services de communication s'apparentant à des services de radiodiffusion peuvent à l'avenir assumer les fonctions traditionnelles des services de radiodiffusion.***

**** Arrêt du 24.03.1987, *Bade-Wurtemberg, BVerfGE 74, page 297 et suiv. et page 353.*

L'exemple de l'Allemagne n'est pas unique. Tous les États membres ont partagé et partagent encore cette vue dynamique de la mission des radiodiffuseurs publics, caractérisée par l'ouverture au changement technologique. Pour preuve, la résolution sur le service public de radiodiffusion qu'ont adoptée à l'unanimité les États membres en 1999. Le texte articule clairement l'obligation des radiodiffuseurs publics de développer et diversifier leurs activités à l'ère numérique (JO 1999 C 30/1).

Quelles conclusions préliminaires ?

Les conclusions suivantes sont permises à ce stade: premièrement, dans ses récentes décisions, la Commission a omis d'appliquer le protocole d'Amsterdam aux services Internet assurés par des radiodiffuseurs publics. Deuxièmement, cette omission paraît s'expliquer par la volonté de restreindre la portée de la mission du service public de radiodiffusion et de limiter du même coup la compétence des États membres pour définir cette mission.

Troisièmement, cette tendance qui se dessine est une violation du droit primaire communautaire et la négation même de la communication de la Commission de 2001 et des décisions antérieures de la Commission concernant le secteur de la radiodiffusion.

Défaillance du marché

Émergence de critères juridiques jusqu'ici inconnus

Les récentes décisions de la Commission suggèrent qu'indépendamment de la fourniture d'informations en ligne destinées simplement à renseigner les téléspectateurs sur la programmation radiophonique et télévisuelle classique, les seuls services en ligne que les radiodiffuseurs publics devraient être autorisés à offrir sont des services qui ne sont pas autrement proposés sur le marché. Bien sûr, cette condition réduirait le rôle des radiodiffuseurs publics à celui de simples prestataires de produits spécifiques sur l'Internet. Elle viderait le protocole d'Amsterdam de toute sa signification. Le service public de radiodiffusion ne puiserait plus sa légitimité dans sa contribution à la démocratie, à la cohésion sociale, à la diversité culturelle ou au pluralisme des médias, ainsi que le prévoient les États membres : tout se résumerait à déterminer si les perspectives commerciales des concurrents sont raréfiées. Cette optique n'est pas conciliable avec la conception large de la mission du service public de radiodiffusion, qui n'est clairement pas limitée aux programmes pour les minorités ou à des niches particulières ; elle conduirait à la faillite du service public de radiodiffusion dans son rôle et sa fonction actuels.

Comme déjà dit, la décision de la Commission dans l'affaire *BBC Digital Curriculum* a, pour la première fois, retenu les critères du marché pour déterminer la légitimité des services assurés par les radiodiffuseurs publics. En termes clairs, la

Commission précise que les offres des radiodiffuseurs publics sur l'Internet sont admissibles uniquement aux conditions suivantes :

- elles doivent être « nettement différenciées » des offres commerciales,
- elles doivent être « complémentaires » à ces offres commerciales et
- les concurrents doivent en être informés assez longtemps à l'avance pour pouvoir adapter leurs stratégies de marché.

Cette dernière condition n'est évidemment pas très cohérente. En effet, si les deux premières sont remplies, c'est-à-dire si l'offre du service public ne fait que compléter mais ne concurrence pas directement, les offres commerciales, pourquoi les acteurs commerciaux devraient-ils être informés à l'avance pour pouvoir « adapter leurs stratégies de marché » ?

Pays-Bas, Danemark

Dans le cas des Pays-Bas, la Commission a singulièrement développé ces critères en y greffant d'autres éléments. En effet, elle a complètement inversé la charge de la preuve. On peut, selon elle, conclure à l'absence d'erreur manifeste de la part d'un État membre qui aura inclus les services en ligne dans la mission de service public, au sens de l'article 86(2) du Traité CE, uniquement si cet État membre peut prouver :

- que ces services répondent à un besoin, et
- qu'ils ont un caractère particulier (paragraphe 85), c'est-à-dire s'ils ne sont pas offerts également par des prestataires commerciaux (paragraphe 86).

Dans l'affaire danoise, la Commission a pris ce second critère comme une évidence, toute explication étant

superflue. Elle a simplement observé que les services interactifs de TV2, tels que les jeux et les espaces de discussion (« chat rooms »), doivent par essence être considérés comme des activités purement commerciales parce qu'ils ne peuvent pas être différenciés des activités similaires offertes par les prestataires commerciaux (paragraphe 92). À partir de ce constat, la Commission a déclaré que ces services n'ont pas qualité de services d'intérêt économique général au sens de l'article 86(2) du Traité CE.

Défaillance du marché

Le critère de la défaillance du marché, dont se sert la Commission et qui se traduit dans le texte par les expressions « clairement différenciable » et « offre complémentaire », n'est pas conciliable avec le Traité CE ni avec la jurisprudence de la CJCE en matière de services d'intérêt économique général. Cela ressort du Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt économique général, adopté le 12 mai 2004 (COM (2004) 0374). Les services d'intérêt économique général trouvent leur fondement juridique dans le droit primaire, à savoir les articles 16 et 86 du Traité CE. L'article 16 reconnaît la « place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union », ainsi que « le rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». L'article 86(2) du Traité CE accorde aux États membres le droit de conférer et définir les services d'intérêt économique général. Les règles de la concurrence, y compris les dispositions relatives aux aides d'État, sont applicables à ces services uniquement dans la mesure où leur application ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie.

Sur ce plan, le Traité CE reconnaît explicitement le modèle européen de société, dans lequel les services d'intérêt économique général financés

par des fonds publics sont offerts, compte tenu de leur valeur sociale élevée, parallèlement aux services commerciaux. Implicitement le Traité reconnaît que ce modèle européen de société tolère un certain degré de concurrence entre les services fournis par le marché et ceux du service public, comme étant inévitable. Cela explique que la CJCE n'ait jamais déclaré que la légitimité des services publics repose sur une défaillance du marché. La concurrence que l'on peut admettre entre services commerciaux et publics n'atteint son point limite qu'au moment où « le développement des échanges est affecté dans une mesure contraire à l'intérêt commun » (article 86, 2^e phrase du paragraphe 2 du Traité CE). Le rôle des services d'intérêt économique général est également reconnu dans le projet de Traité constitutionnel (deuxième partie, article 36).

Distorsion de concurrence

Dans sa décision de 1999 à propos du service d'information en continu BBC News 24, la Commission s'étend longuement sur la question du degré de « distorsion de la concurrence » que l'on peut admettre dans le secteur de la radiodiffusion. Ce nouveau service de la BBC a eu pour effet qu'un certain nombre de chaînes d'information commerciales comme SkyNews, Euronews et CNN, déjà présentes sur le marché depuis longtemps, se sont vu interdire la prestation de services de retransmission par câble par des câblodistributeurs qui entendaient ainsi faire de la place à la BBC. De ce fait, leur taux d'écoute a fait une chute spectaculaire dans certains cas et SkyNews a même dû baisser ses tarifs de câblodistribution.

Dans son analyse juridique, la Commission a d'abord examiné l'impact de BBC News 24 sur les échanges entre les États membres. Pour cela, elle est partie du principe qu'il ne lui appartient pas de décider qu'une chaîne ou un service soit offert

par le marché ou en tant que service d'intérêt économique général, aussi longtemps qu'aucune erreur manifeste n'est identifiable. Pour la Commission, une chaîne d'information de service public répond aux intérêts sociaux et démocratiques de la société, et est donc légitime. Évaluant la perte de parts de marché subie par les concurrents commerciaux, la Commission a relevé que les téléspectateurs britanniques ont en revanche gagné un choix plus étendu d'informations et que l'offre d'informations du service public a renforcé le pluralisme des médias dans le sens où l'entend le protocole d'Amsterdam (paragraphe 51).

La Commission a même conclu que, dans ces conditions, il eût été normal que les concurrents acceptent des distorsions de concurrence encore plus marquées afin que des services d'intérêt économique général puissent être assurés (paragraphe 100). Chaque fois qu'un État membre décide de fournir un service d'intérêt économique général, il est inévitable que les concurrents subissent un certain préjudice. L'interprétation de l'article 86(2) du Traité CE consiste donc à déterminer non pas quel a été l'impact sur la situation d'avant, c'est-à-dire sur les conditions du marché immédiatement avant l'arrivée de l'offre de service public sur le marché, mais si le développement des échanges a été altéré dans une mesure excessive. Ainsi, l'article 86(2) présuppose qu'un certain degré de distorsion du marché est à escompter et doit être accepté.

La limite de distorsion admissible est atteinte uniquement (1) si une activité commerciale concurrente devient impossible, ou (2) si les concurrents potentiels sont empêchés de pénétrer sur le marché (paragraphe 93). Bien entendu, cette charge de la preuve va exactement à l'opposé de celle que la Commission a appliquée dans l'affaire néerlandaise. En outre, en ce qui concerne le champ d'examen dont dispose la Commission, le principe

énoncé à l'article 86 (2) du Traité CE ne peut pas être moins réducteur que celui que doit appliquer la Commission dans l'exercice de ses fonctions de contrôle en vertu du protocole d'Amsterdam, qui interprète l'article 86 (2). En réalité, le principe posé dans le protocole d'Amsterdam est encore plus strict, puisqu'il exige que la Commission veille, dans son interprétation de «l'intérêt commun», à ce que la «réalisation du mandat» du service public soit «prise en compte».

Le cas de la chaîne BBC News 24 est également significatif sur le plan juridique parce qu'il induit clairement à quel moment de l'analyse juridique, et selon quels critères, la Commission doit déterminer si l'offre d'un service public est compatible avec les règles relatives aux aides d'État. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un État membre a commis un abus dans la définition de la mission, le rôle de la Commission se borne à vérifier si l'État membre a commis une «erreur manifeste». Ce n'est à l'évidence pas le rôle de la Commission de se substituer à l'État membre pour mener, en fait, sa propre enquête en reprenant les choses au départ. Rien ne justifie donc que la Commission développe des critères détaillés, comme celui du «rapport étroit». Il peut être établi que les États membres ont abusé de leur grande marge de manœuvre pour définir la mission, uniquement s'ils permettent ainsi à un radiodiffuseur public d'entreprendre des activités qui ne servent pas les intérêts démocratiques, sociaux et culturels de la société et notamment le pluralisme des médias («anciens» et «nouveaux» médias confondus). Une fois cela établi, la Commission doit encore vérifier si le service soumis à examen est contraire à l'intérêt commun parce qu'il entrave les échanges et la concurrence dans une mesure inacceptable. Cette dernière étape de l'examen est explicitement prévue dans l'article 86(2) du Traité CE comme dans le protocole d'Amsterdam. C'est dans ce contexte, et

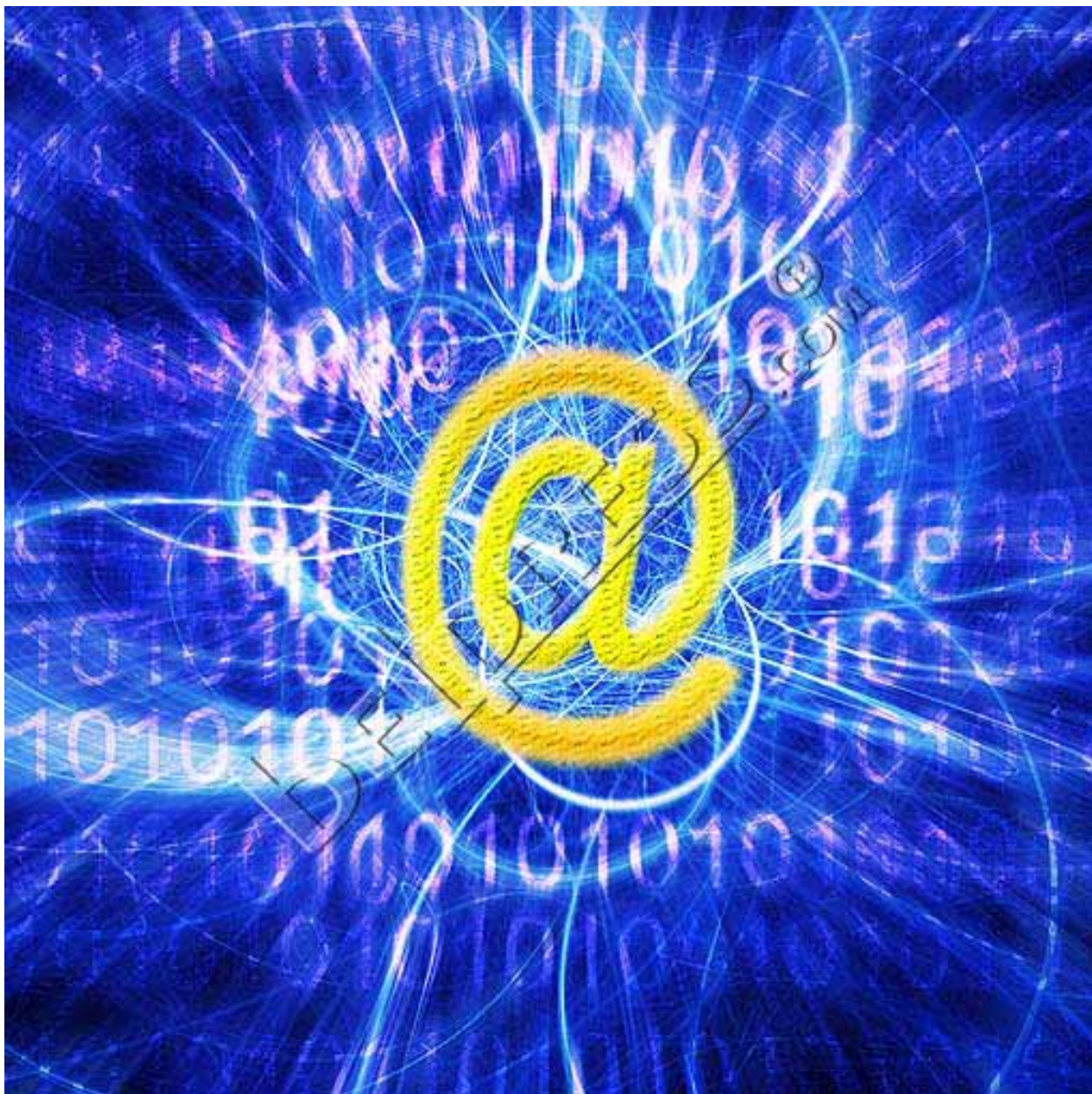
uniquement ici, qu'un service public répondant aux besoins démocratiques de la société peut être considéré, dans un cas spécifique, comme incompatible avec les règles sur les aides d'État.

Dans des décisions plus récentes, la Commission a quelque peu brouillé les pistes en empiétant sérieusement sur les prérogatives des États membres. Sa grande erreur a été d'introduire, dans son analyse de la définition de la mission, une évaluation de l'impact sur la concurrence, et d'appliquer ce faisant les mauvais critères. Erreur fatale, juridiquement parlant, puisque totalement en contradiction avec le Traité CE pour deux raisons essentielles : premièrement, c'est nier la compétence des États membres à définir la mission de service public, en violation du protocole d'Amsterdam. Deuxièmement, cela équivaut à exclure systématiquement la radiodiffusion de service public de catégories entières de nouvelles plates-formes de distribution, sans tenir compte de la mesure dans laquelle le marché se ressentirait effectivement d'une participation des radiodiffuseurs publics aux activités sur l'Internet. À cet égard, comment penser sérieusement qu'une telle participation fermera normalement le monde en ligne aux acteurs commerciaux, ou érigera des barrières infranchissables à l'accès de nouveaux acteurs commerciaux (ce qui correspond au critère juridique de l'article 86(2) ?

Conclusions préliminaires

À ce stade il est permis de tirer les conclusions suivantes :

- la Commission semble en passe de confiner les radiodiffuseurs publics dans des offres en ligne très spécifiques, en s'appuyant sur le critère au demeurant impropre de la défaillance du marché ;
- elle arrive à ce résultat par une approche juridique non concili-



- elle a mal appliqué le droit dans la mesure où elle s'est demandé comment le marché était affecté par la participation du service public, à un stade de l'analyse où cela était inopportun, c'est-à-dire dans le cadre d'un examen de la définition de la mission et non dans une évaluation de l'intérêt commun;
- elle n'a pas appliqué les bons principes juridiques pour évaluer les effets sur le marché, exercice pour lequel, d'après les conditions strictes prévues à l'article 86(2), il faut établir si les acteurs commerciaux sont évincés du monde en ligne ou empêchés d'y entrer ;
- en commettant ces erreurs, elle s'est arrogé des prérogatives qui n'appartiennent qu'aux États membres.

Le rapport étroit

Le critère du «rapport étroit» avec la radiodiffusion.

Activités légitimes et non légitimes sur l'Internet.

L'autre exigence de la Commission, à savoir que les services des radiodiffuseurs publics, admissibles sur l'Internet, doivent présenter un «rapport étroit» avec les services de radiodiffusion, conduit également à

des restrictions notables et injustifiées. Vu de l'extérieur, les mots «closely associated» de la version anglaise sont assez proches du terme allemand «programmbegleitend» (associé aux programmes) utilisé dans le 7^e Traité d'État sur la radiodiffusion entré en vigueur le 1^{er} avril 2004 en Allemagne. Mais, en fait, la Commission interprète l'expression «closely associated» de manière très restrictive par rapport à la notion allemande de «programm-begleitend».

Dans le cas danois, la Commission commence par relever que le gouvernement danois a défini la mission de service public de TV2 de manière à inclure l'Internet et les services similaires proposant des actualités, des informations générales, de l'éducation, de l'art et du divertissement (paragraphe 88). Puis elle déclare que les pages Internet de TV2 sont acceptables uniquement dans la mesure où elles proposent aux téléspectateurs des informations sur la programmation télévisuelle régulière. S'agissant de ces services, la Commission constate que le gouvernement danois n'a pas commis d'erreur manifeste par rapport aux dispositions de l'article 86(2) du Traité CE, lorsqu'il a défini la mission. En parcourant les pages Web pertinentes de TV2, on constate que ces offres ne représentent guère plus qu'un «guide TV» électronique donnant les heures de diffusion et les titres des émissions : elles ne contiennent aucune information substantielle qui aiderait à mieux comprendre et connaître le sujet traité dans ces émissions.

Si l'on excepte les jeux et les espaces de dialogue, la Commission ne se prononce absolument pas sur la légitimité des autres services en ligne offerts par TV2. Comment la Commission juge-t-elle les services d'actualités et de divertissement de TV2 sur l'Internet, ou le contenu informatif général, artistique et éducatif proposé par TV2 sur le Web? La question reste ouverte. Explication officielle des représentants de la

Commission : il n'a pas été répondu à ces questions parce que, dans cette procédure danoise précise, les plaintes des concurrents ne visaient pas ces offres de services. Toutefois, dans l'affaire des Pays-Bas, la Commission a déjà déclaré que les services SMS et i-mode offerts à la demande contre rémunération ponctuelle n'entrent pas dans la mission de service public. La NOS/NOB avait-elle effectivement proposé ses services SMS et i-mode aux consommateurs moyennant paiement, ou le «paiement» représentait-il uniquement la taxe habituelle de raccordement facturée par l'opérateur de téléphonie mobile? La question est restée ouverte. Dans l'affaire danoise, comme mentionné précédemment, la Commission a tout bonnement estimé que tous les jeux et espaces de dialogue offerts par TV2 sur l'Internet sont des «activités purement commerciales» qui ne répondent pas aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société et ne peuvent donc pas être considérées comme des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86 (2) du Traité CE. La Commission a tiré cette conclusion de manière péremptoire sans même se préoccuper de la nature du contenu effectivement offert.

Sur ce point, les délibérations de la Commission sont confuses : elle note en effet que le gouvernement danois lui-même considérait ces services comme sortant du cadre de la mission de service public. Résultat : tout examen de ces services dans l'optique de l'article 86(2) du Traité CE était donc tout simplement superflu. À partir du moment où un État membre ne revendique pas lui-même le fait qu'il a défini un service d'intérêt économique général, pourquoi la Commission se demanderait-elle si le gouvernement a commis une erreur manifeste en choisissant cette définition? Le fait que la Commission se soit néanmoins penchée sur la question permet de penser qu'elle était déterminée à présenter des observations générales sur les

«activités commerciales sur l'Internet», en prévision d'autres affaires pendantes liées aux aides d'État.

Or, d'une part la Commission n'est pas compétente pour introduire des critères du genre «ayant un rapport étroit avec la radiodiffusion» parce que, dans les faits, cela signifie que la Commission porte personnellement la responsabilité de définir la mission au lieu d'en confier le soin aux États membres; d'autre part, le critère est lui-même faux, car il limiterait la compétence des États membres à un degré inacceptable, quand bien même serait-il interprété, pour les besoins des règles sur les aides d'État, comme s'inscrivant dans le droit fil de la définition allemande des services dits «programmbegleitend», c'est-à-dire associés aux programmes de radio et de télévision. Il apparaît en effet que, dans un monde de convergence des techniques numériques et des réseaux de communication électronique, la capacité des radiodiffuseurs publics à remplir leurs fonctions démocratiques, sociales et culturelles dépend de leur droit de distribuer leur contenu sur toutes les plates-formes numériques servant au débat public. Une règle relative aux aides d'État qui limiterait la légitimité du contenu de service public à la seule technique de distribution traditionnelle de «point à multipoint» équivaldrait en fait à refuser aux utilisateurs des services en ligne toute alternative aux offres commerciales. À moyen terme, si les offres en ligne des services publics disparaissaient, il ne faudrait pas plus de cinq années, dix tout au plus, pour que la radiodiffusion de service public n'atteigne plus une large proportion de la population et ne puisse plus offrir son contenu sous une forme adaptée à l'évolution des besoins des utilisateurs en termes de présentation, de format et de souplesse quant aux heures d'accès. Cette marginalisation sociale de la radiodiffusion de service public deviendrait vite patente avec la jeune génération: pour les jeunes, en effet, les services interactifs sont

de plus en plus le principal moyen de participer au débat public. Selon la rapidité à laquelle se fera le passage à la télévision numérique interactive – encore une porte qui resterait fermée aux radiodiffuseurs publics – cette marginalisation finirait par s'étendre à la société tout entière.

Arguments de la Commission

L'ouverture d'une procédure d'aide d'État, dans le cas néerlandais, est une preuve de plus de la prédilection de la Commission pour un argumentaire juridique lui permettant de donner une interprétation restrictive, plutôt que dynamique, de la mission de radiodiffusion. En ouvrant cette procédure, la Commission a cherché à justifier son optique en renvoyant à la distinction que fait le droit communautaire dérivé entre les services de radiodiffusion (dans la directive «Télévision sans frontières») et les services de la société de l'information (dans la directive sur le commerce électronique) (paragraphe 84). Dans sa décision sur le dossier danois, la Commission constate également que la «nature» des services de la société de l'information diffère de celle des services de radiodiffusion (paragraphe 89). Ces remarques sont en fait totalement sans objet en ce qui concerne les critères de définition de la mission et ses limites, tels qu'énoncés dans le droit communautaire primaire.

En outre, dans sa forme présente, la directive «TSF» ne définit pas les services de radiodiffusion, mais uniquement les programmes de télévision ; par ailleurs elle ne régleme pas les services de radio. D'un autre côté, la Commission omet de dire que la directive sur le commerce électronique avait depuis longtemps été approuvée (en 1998) lorsque le droit communautaire dérivé a admis une interprétation dynamique des services de télévision, notamment dans les communications de la Commission concernant e-Europe 2002 et e-Europe 2005. Dans ces

communications, la télévision numérique interactive est considérée comme un pilier de la politique communautaire pour garantir à tous les citoyens l'accès à la société de l'information. Les États membres y sont appelés à fournir, sur cette plateforme interactive, une multitude de contenus attrayants financés par des fonds publics. De même, ce qu'il est convenu d'appeler le «paquet télécoms» de l'Union européenne, qui a modifié de fond en comble la réglementation des infrastructures de la communication électronique à l'échelle communautaire, est fondé sur la reconnaissance explicite de la convergence technologique des réseaux, c'est-à-dire le caractère juridiquement non pertinent d'une distinction technique qui serait faite entre la distribution de «point à multipoint» (radiodiffusion) et de «point à point» (à la demande).

Conséquences

Dans ses décisions les plus récentes, la Commission n'admet qu'une seule sorte de contenu en ligne comme pouvant entrer dans la mission de service public de radiodiffusion : à savoir les informations portant uniquement sur la grille de programmes. Voilà une interprétation du critère du «rapport étroit» bien restrictive par rapport au terme analogue («programm-begleitend») employé dans la législation allemande pour désigner les activités en ligne admises de la part de radiodiffuseurs publics.

De plus, même l'équivalent allemand, plus large, de la notion de «rapport étroit», qui tolère l'offre en ligne d'informations plus exhaustives sur les thèmes traités dans les programmes de radio et de télévision, serait très



problématique eu égard à la compétence des États membres de définir la mission, s'il lui était donné force juridiquement contraignante sur le plan européen. Il pourrait certes aider à convaincre la Commission de la légitimité des services en ligne offerts par l'ARD et la ZDF en l'état actuel de la procédure d'aide d'État ouverte à l'encontre de l'Allemagne ; mais l'adopter comme critère à l'échelle de l'UE ferait à tout jamais du concept national de la mission, retenu par l'Allemagne en 2003, une définition à force obligatoire pour tous les États membres. Concrètement, il deviendrait impossible au gouvernement allemand, comme à tout autre gouvernement d'État membre, de faire de la mission de service public un mandat dynamique adaptable à l'évolution technologique. Non seulement la compétence des États membres de définir la mission serait sérieusement mise à mal, mais encore il y aurait incompatibilité avec le droit constitutionnel allemand, qui exige que la mission des radiodiffuseurs publics soit définie de manière dynamique, pour que ces radiodiffuseurs puissent continuer à jouer leur rôle dans un environnement évolutif. Enfin, et surtout, l'emploi du terme «rapport étroit» dans ce sens ferait de la mission du radiodiffuseur public flamand VRT, par exemple, telle que l'a définie le gouvernement flamand et qui n'est pas restrictive par rapport au critère des services de radiodiffusion traditionnels, une mission illégale dans l'optique des règles européennes actuelles sur les aides d'État.

En faisant du «rapport étroit» un nécessaire préalable de justification des offres en ligne du service public, la Commission s'arroge abusivement la compétence de définir la mission de service public, tâche qui revient en fait aux États membres. Pour ce faire, elle déclare que toutes les définitions de la mission qui vont au-delà de la fourniture de simples informations sur les grilles de diffusion de la radio et de la télévision constituent une «erreur

manifeste» de la part des États membres. Or il apparaît que la seule analyse juridique admissible dans le contexte de l'examen d'une «erreur manifeste» consiste à savoir si un État membre peut démontrer que l'offre pertinente répond aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société. C'est uniquement si ces conditions ne sont pas remplies qu'il est possible de conclure à une «erreur manifeste» de la part d'un État membre.

Ce n'est pas au stade de l'analyse de la définition de la mission qu'il faut évaluer la distorsion de concurrence : la question doit se poser au dernier stade de l'examen, à l'aune de cet intérêt commun explicitement formulé dans l'article 86(2) du Traité CE et dans le protocole d'Amsterdam. C'est la seule méthode valable qui garantisse : a) que les règles relatives aux aides d'État respectent le principe de la compétence des États membres pour définir la mission; b) que la question d'une distorsion des échanges et de la concurrence soit posée au cas par cas et non comme une sorte de décret à valeur générale qui nierait aux radiodiffuseurs publics européens tout rôle digne de ce nom parmi le florilège des services interactifs ; c) que le modèle des services d'intérêt économique général soit reconnu tel qu'il est inscrit dans le droit primaire de l'Union européenne, ce qui présuppose qu'un certain degré de distorsion de la concurrence est inévitable et doit être admis.