

Collège de la publicité du Conseil supérieur de l'audiovisuel

Avis n°3/2002

Les débordements et décrochages publicitaires

INTRODUCTION

Depuis le 3 octobre 1989, date de l'adoption de la directive Télévision sans frontières qui constitue le premier instrument d'envergure adopté par l'Union européenne dans le domaine de la télévision, les conditions d'exploitation et de circulation des chaînes de télévision ont considérablement évolué.

A quelques exceptions près, le panorama télévisuel de l'époque était essentiellement constitué de chaînes nationales, s'adressant spécifiquement à une audience nationale, qui ambitionnaient de circuler sur d'autres territoires de l'UE et auxquelles la directive offrait un cadre favorisant leur libre circulation.

La création de groupes de communication opérant sur une surface européenne, voire mondiale, ainsi que les nouvelles opportunités technologiques ont favorisé le développement de nouveaux modes de transmission et d'exploitation des programmes.

Tel est en particulier le cas de l'adressage de programmes à des audiences distinctes du pays naturel d'émission, et en particulier du débordement ou du décrochage de contenus publicitaires.

La question des débordements et des décrochages publicitaires transfrontaliers connaît de récents développements en Europe. En Belgique, le débordement publicitaire des chaînes - spécialement françaises - est depuis longtemps une réalité ; le phénomène de décrochage a été au centre des préoccupations lors du projet de décrochage TF1 Belgique au début des années 1990.

L'apparition potentielle de telles pratiques sur notre territoire, en écho à l'initiative prise par M6 en Suisse romande et la perspective d'une révision de la directive Télévision sans frontières ont incité le Conseil supérieur de l'audiovisuel à procéder à un examen de la question. C'est également dans cette perspective que le Conseil a mis la question à l'ordre du jour de la session bisannuelle de l'EPRA (Plate-forme des régulateurs européens) tenue à Bruxelles en mai dernier.

Différents cas de figure peuvent être dégagés :

- L'accès à l'audience par débordement hertzien ou par retransmission de la diffusion d'une chaîne de télévision, au moment de sa diffusion et dans son

intégralité, dans des bassins d'audience distincts du pays d'origine auquel elle est principalement destinée. Il s'agit la plupart du temps de circulation « classique » transfrontière des chaînes. Cette situation pose question lorsque le débordement est recherché à des fins d'exploitation spécifique des audiences réalisées par la chaîne dans ces bassins d'audience distincts ;

- Le ciblage d'audience par décrochage publicitaire: il s'agit pour un radiodiffuseur, au départ d'une chaîne destinée au public de son pays d'origine, d'adresser à des bassins d'audience de pays voisins la même chaîne, mais dans les programmes de laquelle les écrans publicitaires initiaux sont remplacés par des écrans publicitaires spécifiquement destinés au public de ces bassins d'audience complémentaires. Les programmes ainsi assemblés peuvent être acheminés de différentes manières : émission d'un signal distinct au départ du pays d'émission ou assemblage de programmes de base et d'écrans publicitaires spécifiques dans le pays de réception ;
- Le ciblage d'audience par décrochage de programmes : il s'agit du dispositif identique à celui évoqué pour le ciblage publicitaire, mais dont les fenêtres comprennent d'autres programmes que la publicité, tels que des journaux d'information, des programmes sportifs ou de divertissement ;
- La délocalisation d'une chaîne complète : il s'agit pour un radiodiffuseur de chercher à s'établir et relever de la compétence d'un pays distinct du pays de réception pour une chaîne qui lui est exclusivement destinée, cet établissement devant avoir pour but de se soustraire aux règles applicables aux radiodiffuseurs relevant de la compétence de ce pays distinct.

De ces différents cas, le présent avis envisage principalement les questions du débordement et du décrochage publicitaire, dans la mesure où il s'agit de situations auxquelles la Communauté française a été ou risque d'être confrontée et qu'une telle hypothèse se vérifie en Suisse.

Considérant les effets potentiels de telles pratiques, le CSA a jugé nécessaire de procéder à l'évaluation de la situation. Notre Communauté est un marché restreint, voisin d'un grand pays de même langue. Largement ouvert vers l'extérieur en raison de l'actionnariat de ses opérateurs et du maillage de son réseau câblé, le secteur audiovisuel en Communauté française est fragile. La perte de ressources de nos radiodiffuseurs nationaux s'ils devaient être confrontés à une telle situation pourrait conduire à une déstructuration et à une réduction de l'offre médiatique de même qu'à une minimisation de la contribution de ceux-ci au pluralisme des idées et des opinions. Les secteurs de la création et de la production audiovisuelles, étroitement liés aux opérateurs de diffusion, seraient également touchés.

C'est dans ce contexte qu'il est apparu nécessaire d'évaluer aujourd'hui la situation des débordements et des décrochages publicitaires en Belgique, dans la perspective d'une révision de la directive Télévision sans frontières à l'agenda de laquelle ces questions devraient être inscrites.

I. EN EUROPE

Il y a dix ans, la Communauté française était esseulée face aux perspectives de décrochages publicitaires visant son territoire, au point qu'elle ne parvenait que difficilement à intéresser d'autres Etats membres ou institutions à l'acuité du problème.

Une collecte d'information organisée par le CSA auprès des membres de l'EPRA (plate-forme des régulateurs européens) au début 2002 a permis de rassembler un nombre significatif de faits et d'identifier leurs conséquences avérées ou potentielles.

Les faits

Considérant la diversité des situations et de leurs implications, celles-ci ont été rassemblées par cas de figure, tels qu'exposés dans l'introduction.

Les cas d'accès à l'audience par débordement hertzien ou par retransmission hertzienne, satellite ou câblée

Il s'agit la plupart du temps de circulation « classique » transfrontière des chaînes dont le principe n'est pas contestable. Toutefois, certains cas présentent des particularités dont l'appréciation dépasse cette approche générale :

- Lorsque le bassin d'audience couvert est de même(s) langue(s) que le pays d'émission et que l'autorité de l'Etat de réception considère qu'il lui appartient pour des raisons impérieuses de sécurité publique d'exercer un contrôle sur les programmes visés pouvant aller jusqu'à leur interdiction éventuelle de diffusion :

Macédoine : cas de RT Srbija émise en Serbie et reçue en Macédoine durant la crise du Kosovo (1999) ; cas de RT Kosovo émise au Kosovo et reçue en Macédoine durant la crise en Macédoine (2001)

- Lorsque le bassin d'audience couvert est pour partie de même langue et que la chaîne concernée opère des démarchages publicitaires sur ces territoires :
Bosnie : cas de HTV (télévision croate) utilisant les émetteurs de l'ancienne télévision d'Etat sur le territoire bosniaque

- Lorsque le bassin d'audience couvert est de même langue et que le radiodiffuseur commercialise les audiences spécifiques réalisées par sa chaîne dans ces bassins d'audience distincts auprès d'annonceurs dont les produits sont interdits d'accès à la publicité télévisuelle sur les chaînes nationales :

France : cas de RTL9 émettant depuis le Grand Duché de Luxembourg

- Lorsque le bassin d'audience est desservi par une chaîne à vocation européenne dans une version linguistique adaptée :
 - Pays-Bas : cas de EXTREME SPORT Channel depuis la Grande-Bretagne ;*
 - Grande-Bretagne : cas de CARTOON NETWORK depuis les Pays-bas.*

Les cas de ciblage d'audience par décrochage publicitaire

- Des petits pays, voisins de grands pays de même langue, sont le plus souvent touchés par ce phénomène, parfois au moyen de fenêtres multiples de plusieurs opérateurs privés voisins :
 - Suisse : cas des chaînes allemandes RTL, RTL2, SAT1, PRO7, KABEL1, MTV avec fenêtres destinées à la Suisse alémanique ; cas de la chaîne française M6 avec fenêtres vers la Suisse romande ;*
 - Autriche : cas des chaînes allemandes RTL, RTL2, SAT1, PRO7, Kabel1 avec fenêtres destinées à l'Autriche ;*
 - Portugal : cas de BRAZILIAN CHANNEL avec fenêtres destinées au Portugal.*

Ces fenêtres contiennent parfois des produits ou services interdits aux radiodiffuseurs nationaux :

 - Irlande : cas des chaînes britanniques SKY CHANNEL et E4 avec fenêtres destinées à l'Irlande ;*
- des programmes à vocation paneuropéenne sont diffusés dans différents pays avec des écrans publicitaires dédiés :
 - Pays-Bas : cas de NATIONAL GEOGRAPHIC et DISCOVERY CHANNEL depuis la Grande Bretagne*
 - Roumanie : cas de DISCOVERY CHANNELS et ANIMAL PLANET depuis la Grande-Bretagne ;*
- certains dispositifs mettent en situation d'autres formes d'acheminement, incluant plus de deux pays : l'émission primaire dans un premier pays, l'assemblage dans un deuxième pays à destination spécifique d'une audience d'un troisième pays dans lequel les écrans sont commercialisés :
 - Lituanie, Estonie : cas de la chaîne russe ORT avec assemblage de fenêtres en Lettonie à destination de la Lituanie d'une part et de l'Estonie d'autre part.*

La mise en œuvre de ces dispositifs trouve son origine, dans certains cas, dans l'absence de réponse sur le marché national à une demande des annonceurs d'accéder aux écrans publicitaires en télévision (Suisse et Autriche).

Les cas de ciblage d'audience par décrochage de programmes

Il s'agit d'un dispositif identique à celui évoqué pour le ciblage publicitaire, mais dont les fenêtres comprennent d'autres programmes que la publicité, tels que des programmes sportifs ou de divertissement

Suisse : cas de la chaîne allemande SAT1 avec fenêtres à destination de la Suisse alémanique

Autriche : cas des chaînes allemandes SAT1 et VIVA avec fenêtres à destination de l'Autriche

Pologne : cas de la chaîne allemande VIVA avec fenêtres à destination de la Pologne.

Cette question présente encore davantage d'acuité lorsque les programmes décrochés contreviennent aux dispositions spécifiques applicables aux programmes nationaux :

Irlande : cas de la chaîne britannique SKYNEWS avec fenêtres à destination de l'Irlande.

Les cas de délocalisation d'une chaîne complète

Ces cas sont les plus nombreux. Quelques exemples :

Communauté flamande : VT4

Grande-Bretagne : cas de la chaîne du TRINITY CHRISTIAN CENTER OF SANTA ANNA depuis l'Espagne ;

Pays-Bas : cas de RTL4 et RTL5 depuis le GD de Luxembourg ;

Suède : cas de TV3 et KANAL5 depuis la Grande-Bretagne ;

Norvège : cas de TV3 depuis la Grande-Bretagne.

Les effets avérés et les risques potentiels

La collecte d'informations auprès des régulateurs européens a mis en lumière les effets et risques suivants.

De manière générale, la question est posée du détournement des principes européens de libre circulation et de concurrence. La libre circulation des programmes et des cultures est mise en péril par des actions de contournement ; la promotion de la concurrence est battue en brèche par des phénomènes de distorsion. De plus, quel sens aurait la situation audiovisuelle européenne si elle était demain réglementée par un ou deux Etats seulement ?

Les organismes de radiodiffusion sont confrontés à une perte de ressources dans un contexte concurrentiel discriminatoire (Autriche, Suisse, Estonie, Lituanie), lorsque leurs concurrents ont accès au même marché publicitaire sans être soumis à des conditions d'autorisation identiques. Tel est le cas lorsque la réglementation nationale est plus stricte en matière de contenu (Irlande, France), en matière publicitaire (Irlande, France) ou en matière de contribution à la création d'œuvres. Il peut s'ensuivre une déstructuration de l'offre médiatique au public par la mise en difficulté des radiodiffuseurs nationaux, pouvant conduire à une réduction de l'offre et à une minimisation de leur contribution au pluralisme des idées et des opinions, tenant compte des obligations d'intérêt général (contribution à la production locale, à la création d'œuvres,...) auxquelles ils sont soumis (Suisse, Autriche, Lituanie). La situation de la Suisse est particulièrement préoccupante : en

Suisse alémanique les initiatives privées ont disparu tandis que l'opérateur public est en difficulté en Suisse romande.

Pour le secteur publicitaire, les effets peuvent être perçus comme positifs : accès aux écrans pour des produits dont la publicité télévisée est interdite dans les chaînes des diffuseurs nationaux (France), voire où il n'y a pas d'accès aux écrans publicitaires dans les chaînes nationales (Suisse et de l'Autriche antérieurement) ; pression à la baisse sur les prix des écrans publicitaires (Lituanie); diversification des supports. Mais il peut y avoir aussi des effets perçus comme négatifs : dispersion accrue de l'audience dans le cas d'une offre combinée de programmes; perte de ressources du secteur au plan national surtout dans les petits marchés, si l'annonceur fait le choix d'une stratégie supranationale.

Pour les secteurs de la production et de la création audiovisuelles, l'adressage de programmes à des audiences étrangères ciblées peut conduire à une fragilisation de ces secteurs qui constituent un vecteur important de la diversité culturelle (Suisse, Lituanie, Autriche). En effet, ils bénéficient régulièrement de contributions des radiodiffuseurs et de mesures de soutien dans les réglementations nationales.

Vis à vis du public, les organes de régulation sont placés dans une situation particulière, lorsque différentes chaînes s'adressant à la même audience nationale sont soumises à des règles différentes, par exemple en matière de produits interdits, de durée publicitaire ou de publicité à destination des enfants (Suède).

Les ayants-droit sont également touchés lorsque la prise en charge des droits d'auteurs et des droits voisins n'est pas assurée dans les différents cas d'adressage (Suisse).

Le droit

Principes généraux

Les instruments réglementaires du secteur de la radiodiffusion que sont la directive « télévision sans frontières » et la Convention européenne sur la télévision transfrontière trouvent leur origine dans une articulation des différents principes généraux garantis par le droit européen. Pour l'Union européenne, il s'agit essentiellement de la libre circulation des services et de la liberté d'établissement et pour le Conseil de l'Europe, de la liberté d'expression et d'information et de la libre circulation de l'information et des idées.

Compétence juridique

La question de la compétence juridique des Etats ¹ constitue une donnée essentielle du dispositif européen : pour que ses dispositions soient appliquées, pour assurer

¹ Pour plus de détail, voir l'Observatoire européen de l'audiovisuel, « La compétence juridique en matière de radiodiffusion en Europe », *IRIS Spécial*, 2002.

qu'un - et un seul - Etat membre exerce son contrôle sur chaque radiodiffuseur, il importe de déterminer qui en a la compétence. Pour ce faire, la notion de radiodiffuseur et les critères de rattachement ont dû être précisés.

Dans l'Union européenne, l'organisme de radiodiffusion est défini comme étant la personne physique ou morale qui a la responsabilité éditoriale de la composition des grilles de programmes télévisés et qui les transmet ou les fait transmettre par une tierce partie (art 1^{er} b de la directive TVSF).

Le radiodiffuseur étant identifié, la compétence juridique qui lui est applicable est ensuite définie. La directive attribue la compétence juridique en matière de radiodiffusion aux Etats membres de la CE dans lesquels les organismes de radiodiffusion sont établis. Le concept classique d'établissement prévu par le Traité n'a pu apporter une solution à l'identification de toutes les situations, en particulier lorsqu'un fournisseur de services est établi dans différents Etats membres. La directive modifiée a dès lors intégré un ensemble de critères qui avaient d'abord été élaborés par la Cour de Justice, tels que le siège social, le lieu des décisions de la direction relatives à la programmation et le lieu où opère une partie importante de l'effectif (art 2.3 de la directive TVSF).

Au Conseil de l'Europe, la définition du radiodiffuseur et les critères de rattachement à une juridiction sont pratiquement identiques à ceux de la directive (article 2 c et articles 5.3 et suivants de la convention TTF).

Dérogations à la liberté de réception

L'incertitude dans laquelle se trouve un Etat de réception quant à la juridiction relevante pour un radiodiffuseur opérant différentes formes d'adressage de programmes et de publicité conduit à rappeler les dispositifs réglementaires et la jurisprudence pertinente en matière de dérogation à la liberté de réception.

Dans les dispositions de l'Union européenne, quatre dérogations pourraient être évoquées :

- un Etat membre de réception peut suspendre provisoirement la retransmission d'émissions télévisées, à titre exceptionnel et dans des conditions déterminées, pour des raisons de protection des mineurs et d'ordre public (considérant 15 et article 2bis directive TVSF) ;
- un Etat membre peut prendre des mesures à l'encontre d'un organisme de radiodiffusion établi dans un autre Etat membre lorsque la totalité ou la majeure partie de l'activité de cet organisme est dirigé vers le premier Etat et que le choix de l'établissement a été fait dans le but d'échapper à la législation qui serait appliquée à cet organisme s'il s'était établi dans ce premier Etat (CJCE affaire TV10 et considérant 14 directive TVSF) ;
- un Etat membre peut interdire à des radiodiffuseurs nationaux d'implanter à l'étranger des entreprises de radiodiffusion commerciales privées dans l'objectif de fournir des services, à partir de ce pays, dirigés en particulier vers l'Etat membre ayant promulgué l'ordre d'interdiction et lorsque la

même interdiction est nécessaire pour protéger, par exemple « le caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel mis en place par cette législation » (CJCE affaire Veronica) ;

- un Etat membre de réception peut appliquer des règles autres que celles visant spécifiquement la diffusion et la distribution des programmes - celles coordonnées par la directive TVSF - , telles que la protection des consommateurs, à condition qu'il ne soit pas fait obstacle à la retransmission effective (CJCE affaire Suède/UK TV3). Sous la même condition de non-entrave à la réception, la capacité du contrôle par l'Etat membre récepteur peut également être évoquée pour des raisons de sauvegarde du pluralisme, de droits d'auteur, de politique publique, de moralité et de sécurité publique (CJCE affaire Communauté française de Belgique ; *Iris*, 1996-9 :7).

La convention du Conseil de l'Europe couvre explicitement les cas de délocalisation :

- la convention qualifie d'abus de droit la situation où un service de programmes d'un radiodiffuseur est entièrement ou principalement tourné vers le territoire d'un Etat autre que celui qui est compétent à l'égard de ce radiodiffuseur dans la mesure où ce radiodiffuseur s'est établi en vue de se soustraire aux lois dans les domaines couverts par la convention qui lui seraient applicables s'il était établi sur le territoire de cet autre Etat. En pareil cas, la convention prévoit une procédure de concertation entre Etats, voire de saisine du comité permanent (article 24bis convention) ;
- dans un esprit de coopération et d'entraide, la convention prévoit que les Etats s'efforcent d'éviter que les services de programmes transmis ou retransmis par un radiodiffuseur ou par d'autres personnes physiques ou morales relevant de leur compétence ne mettent en danger le pluralisme des médias (article 10 bis convention).

Question des fenêtres publicitaires

Cette question est abordée uniquement par le Conseil de l'Europe. Le texte de la convention précise que la publicité et le télé-achat s'adressant spécifiquement et fréquemment vers l'audience d'un Etat autre que l'Etat de transmission ne doivent pas contourner les règles relatives à la publicité télévisée et au télé-achat dans cet Etat afin d'éviter des distorsions de concurrence et la mise en péril du système télévisuel de ce dernier Etat. Ce dispositif n'est pas d'application en cas de règles discriminatoires ou en cas de conclusion d'accords entre Etats (article 16 convention).

Résolution des différends

L'adressage de programmes et de publicité a suscité des conflits entre Etats membres, en particulier sur la question de la juridiction compétente. Les dispositifs européens ont prévu des mécanismes de résolution des différends ; ces derniers sont particulièrement développés dans l'enceinte du Conseil de l'Europe.

Au sein de l'Union européenne, un comité de contact entre les Etats membres, présidé par la Commission, a pour fonction de faciliter la mise en œuvre de la directive, de rendre des avis et de procéder à des échanges de vues et d'information (article 23bis directive TVSF).

Les mécanismes prévus par la convention du Conseil de l'Europe sont les suivants :

- la coopération entre les parties pour la mise en œuvre de la convention est recommandée (article 19) ;
- l'échange d'informations est organisé précisément (article 6.2) ;
- un comité permanent est constitué. Il a pour fonction de faire des recommandations sur l'application de la convention, de suggérer des modifications, de faciliter le règlement amiable, d'émettre des avis, ainsi que de prendre différentes dispositions en matière d'évènements d'intérêt majeur (articles 20 à 22) ;
- dans le règlement des différends, la conciliation est recommandée sous la forme d'un règlement amiable, avec intervention éventuelle du comité permanent sur une base consultative (article 25) ;
- le recours à une procédure d'arbitrage est organisé lorsqu'un différend ne peut être réglé à l'amiable (article 26 convention).

II. EN COMMUNAUTE FRANÇAISE DE BELGIQUE

La question des débordements publicitaires transfrontaliers touche particulièrement les États dont les marchés télévisuels sont de taille petite à moyenne jouxtant des marchés de plus grande dimension partageant la même langue.

La Communauté française de Belgique a ces caractéristiques. Elle connaît de plus une importante diffusion de trois programmes français : TF1, France 2 et France 3 disposent en Communauté française d'une part d'audience moyenne ² de 29% dont 14% pour TF1. Ces programmes entrent donc en concurrence directe avec ceux de la RTBF et de TVi.

Les faits

La Communauté française de Belgique a connu ou connaît quelques cas de débordements publicitaires (et de programmes) transfrontaliers, mais aucun cas de délocalisation depuis la reconnaissance en 1987 de RTL-TVi comme télévision privée de la Communauté française.

Sans aller jusqu'à se souvenir du refus des câblo-opérateurs de procéder à la coupure des écrans publicitaires émaillant les émissions de RTL Télévision et des programmes français retransmis en Communauté française via les réseaux de câble malgré l'interdiction de la transmission de programmes « revêtant un caractère de publicité commerciale » contenue dans l'arrêté royal du 24 décembre 1966, plusieurs cas plus récents de débordements publicitaires ou de programmes sont à rappeler : ils concernent TF1, MCM et MTV. La récente reconnaissance d'YTV-AB3 comme programme généraliste a suscité des interrogations sur le risque potentiel de démarchages publicitaires en France pour des produits et services interdits de publicité en vertu de la législation française. Citons également le cas de Event Network, opérateur qui décline en plusieurs versions linguistiques un même programme (Libertytv.com).

Le cas des programmes français TF1, France 2 et France 3

Les principaux programmes français - TF1, France 2 et France 3 - disposent en Communauté française d'une audience complémentaire « offerte » par la proximité culturelle.

Le public belge francophone de TF1 est le plus nombreux, même s'il représente seulement un peu moins de 4% de l'audience de la chaîne en France. C'est pour

² Entre 17 heures et 23 heures sur la cible des 15 ans et plus, le week end inclus. Source : CIM TV, 1^{er} semestre 2002.

cette raison que TF1 a cherché à bénéficier des retombées financières qu'une telle audience pouvait lui rapporter en insertions publicitaires.

En septembre 1989, TF1 annonça officiellement au gouvernement de la Communauté française son intention d'entrer sur le marché publicitaire belge en diffusant de la publicité à destination spécifiquement du public de la Communauté française, publicité qui devait prendre la place des écrans publicitaires français dans les programmes diffusés en Belgique. Il créa pour ce faire une société, TF1 Publicité Belgique qui avait pour actionnaires les sociétés TF1 (75,5%) et les Editions francophones belges (24,5%), filiale belge des Editions mondiales, propriétaires à cette époque de 2% du capital de TF1. TF1 choisit, pour l'organisation de ses décrochages publicitaires, la voie d'accords avec les câblo-opérateurs (signal envoyé par satellite). Une première diffusion de décrochages publicitaires « belges » est lancée en avril 1990, entre 18 heures et 20 heures, pour les abonnés bruxellois de Radio Public ; elle ne dura que peu de temps et ne fut pas suivie d'autres.

Cette initiative du groupe français fut mal reçue par les autres chaînes diffusant de la publicité commerciale à destination du public de la Communauté française, à savoir la RTBF et RTL-TVi, dont la commercialisation était organisée simultanément depuis juillet 1989 et qui ont demandé dans un premier temps un alignement du tarif publicitaire de TF1 sur celui de TVB. De leurs côtés, les pouvoirs publics cherchèrent à sauvegarder la production audiovisuelle en Communauté française et à insérer cette initiative dans l'ensemble des demandes d'autorisation de diffusion en Communauté française, notamment par la négociation d'un cahier des charges. Les réactions au projet TF1, dont l'audience en Belgique talonnait à ce moment celle de RTL-TVi, ont émané aussi de la presse écrite, actionnaire de RTL-TVi au travers la société Audiopresse, réclamant des compensations à la perte de revenus publicitaires identiques à celles qu'elle recevait des chaînes nationales.

Une série de recours judiciaires ont été engagés, devant le Conseil d'Etat, devant les cours et tribunaux et devant la Commission européenne. TF1 fonda son argumentation sur les conditions mises par la Communauté française à l'accès à son marché en infraction aux règles du droit communautaire et au principe de libre concurrence établi par le Traité de Rome. Les principaux arguments de la Communauté française et des opérateurs belges ont porté sur la situation de concurrence déloyale ainsi créée et sur le fait que le programme de TF1 avec décrochage publicitaire était un nouveau programme qui, comme tel, devait être autorisé de manière spécifique et respecter les dispositions en matière de droits d'auteur.

Sans revenir sur l'issue de chacun de ces recours, rappelons que le gouvernement français admit en mars 1993 que *« les écrans publicitaires étant un élément du programme autorisé, la diffusion des émissions de TF1 accompagnées de manière permanente d'écrans publicitaires au contenu différent constitue indiscutablement un nouveau programme (et donc) un service distinct du service TF1 autorisé le 4 avril 1987 »* et que ne serait pas dénuée de fondement l'argumentation de la Communauté française selon laquelle *« l'émission du programme TF1 Belgique à partir de la France viserait à le soustraire aux règles qui lui seraient applicables s'il était émis à partir du territoire belge et à*

le faire bénéficier d'un avantage par rapport aux entreprises de radiodiffusion télévisuelle situées et émettant en Belgique ». De son côté, le Conseil supérieur de l'audiovisuel français considéra que le programme de TF1 Belgique était un second programme qui devait relever de la compétence de la Belgique.

Ce débat se déroula à un moment charnière au niveau du droit européen : la directive Télévision sans frontières de 1989 n'est entrée en vigueur en Communauté française qu'en 1991.

La plainte de TF1 a été classée par la Commission européenne, la Belgique étant poursuivie plus largement pour manquement en matière de transposition de la directive Télévision sans frontières. Dans son arrêt du 10 septembre 1996, la Cour de Justice a rappelé qu'un État membre ne peut faire obstacle à la libre circulation de programmes télévisés, que la directive répartit les obligations entre les États membres dont émanent les émissions et ceux qui les reçoivent, les uns ne pouvant se substituer ou s'ajouter aux autres. Elle a conclu que la Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 89/552, s'agissant de la Communauté française notamment « *en maintenant, dans la région de langue française, un régime d'autorisation préalable, expresse et conditionnelle, pour la retransmission par câble d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres qui comportent de la publicité commerciale ou un programme de télé-achat plus particulièrement destinés aux téléspectateurs de la Communauté française* ».

Pour les programmes publics - France 2 et France 3 -, le caractère « complémentaire » du public de la Communauté française est un peu plus marqué : il en représente respectivement 3,5% et un peu moins de 3%. France Télévisions n'a pas pris une initiative comparable à celle de TF1.

Toutefois, le groupe France Télévisions est présent à Bruxelles depuis le 21 novembre 2001, date à laquelle la télévision locale et communautaire bruxelloise Télé-Bruxelles a choisi France Télévisions Publicité pour régie publicitaire. Une société, FTP Belgium, a été créée à cet effet.

Le cas des programmes musicaux français MCM et américain MTV

MCM International (filiale de Euromusique-MCM dont les actionnaires sont les groupes Lagardère : 51% - et Vivendi - Canal + : 49%) diffuse, sur les réseaux câblés, depuis 1995 la version internationale du programme musical français MCM. Des démarchages publicitaires sont opérés en Communauté française par l'intermédiaire de la Régie Media belge - RMB (en 2001, 95% des annonceurs de MCM International étaient belges) tandis que des émissions sont consacrées à l'actualité musicale en Belgique.

Depuis le 25 janvier 2002, la société MCM Belgique, constituée le 30 mai 2001, filiale de Lagardère Thématiques, est autorisée à mettre en œuvre sur le câble un service de programmes à thématique essentiellement musicale destiné aux jeunes de la tranche 12-34 ans. MCM Belgique est autorisée à insérer de la publicité commerciale

dans son service. Elle a signé une convention avec le gouvernement de la Communauté française.

La question de débordements publicitaires avec exploitation spécifique du marché belge ne se pose dès lors plus à propos de cette diffusion.

La version française du programme américain MTV est diffusée sur le câble depuis 2000 ; elle comprend des informations concernant l'actualité musicale en France, en Communauté française et en Suisse. Elle s'inscrit dans une stratégie internationale du groupe Viacom cherchant, dans des formes décentralisées, à poursuivre un objectif de diversification par bassin linguistique.

Le cas du programme AB3

Le gouvernement de la Communauté française a octroyé, par arrêté du 6 avril 2001, le statut de télévision privée de la Communauté française à la société YTV, dont les principaux actionnaires sont les sociétés Jeebee Media (62,6%), AB Belgium (25%) et Mediafi (12,4%). Une convention était conclue simultanément entre la société et le gouvernement.

Fin septembre 2002, des conventions étaient conclues entre YTV et la RTBF. L'une d'entre elles prévoit l'usage pour trois ans reconductibles de trois fréquences analogiques pour la diffusion du programme YTV et d'autres services contre paiement. Cette convention fait suite à la demande d'YTV de disposer d'une fréquence hertzienne en Hainaut occidental à proximité de la frontière française afin de pouvoir assurer la couverture de la région de Lille-Roubaix-Tourcoing. La crainte que cette demande soit suivie de décrochages publicitaires destinés spécifiquement au marché lillois a amené à prévoir que cette diffusion hertzienne concerne le seul programme autorisé en Communauté française sans décrochage publicitaire ou de programme.

Les enjeux

C'est principalement en provenance de France que les effets de débordements publicitaires sur le marché en Communauté française sont les plus importants.

L'impact actuel du débordement « naturel » des trois principaux programmes français est tout à fait significatif.

L'agence média Space ³ conclut une analyse des marques en 2001 par quelques constats :

- une pression publicitaire forte : les programmes français transmettent hebdomadairement 28 heures de publicité (soit 4.900 spots, 30% pour TF1,

³ « La publicité TV en 2001 ... et quelques marques », *Spac'Essentiels*, février-mars 2002.

17% pour France 2 et 13% pour France 3), dont une bonne moitié pour TF1 contre 20 heures et 18 minutes pour les programmes belges. Dans certains secteurs, comme les produits de beauté, la pression publicitaire venant des programmes français serait de l'ordre de 43%. Les marques belges représenteraient quant à elles 16% du chiffre d'affaires brut diffusé des chaînes belges francophones ;

- un poids d'audience plus restreint que la pression publicitaire : le différentiel proviendrait surtout de France 2 et France 3, TF1 disposant d'une part de marché dominante au sein des débordements des chaînes françaises;
- une faible exploitation par les annonceurs : *« un certain nombre de marques semblent exploiter, de façon consciente ou non, les synergies entre activité publicitaire belge et campagnes françaises. Ainsi 230 labels présents sur les écrans belges francophones ont bénéficié d'un surcroît de poids publicitaire et de durée de campagne du fait de l'activité sur TF1 et/ou France Télévision. Le débordement publicitaire augmente la durée d'activité publicitaire de 11 semaines nettes (en supplément donc des 13 semaines de présence sur les antennes belges francophones). Ces retombées françaises génèrent un quasi-doublement »* de la pression publicitaire hebdomadaire. Les marques qui joueraient la « complémentarité » sont en majorité des produits de grande consommation. *« Les marques qui peuvent capitaliser pression publicitaire belge et française ont en général 2/3 de leurs contacts TV générés via les chaînes RMB ou IP du Sud de la Belgique, le reste venant des retombées issues de TF1 et France Télévision. A l'inverse, on ne compte que 17 marques présentes en France et dans le Nord de la Belgique, mais pas sur les chaînes belges francophones. Par rapport au total de 975 marques, ce comportement paraît donc relativement peu courant ».*

De manière générale, les investissements publicitaires calculés par habitant sont relativement faibles en Communauté française et le débordement des chaînes françaises permet aux annonceurs de diminuer la part du budget accordée aux émetteurs de la Communauté française, proportionnellement à celle attribuée aux émetteurs en Communauté flamande.

Les potentialités offertes il y a plus de 10 ans par le décrochage publicitaire de TF1 – évaluées à quelque 1 milliard de francs belges dès la première année de son lancement – existent-elles encore aujourd'hui ?

Sur base d'une hypothèse simple, développée par une régie publicitaire, qui consiste à tenir compte de l'effet de leadership de TF1, de l'attribution des budgets en fonction des débordements et de la pression minimale à obtenir pour chaque chaîne utilisée, on peut conclure que le manque à gagner susceptible d'être encouru par les chaînes de la Communauté française serait de l'ordre de 37 millions d'euros.

Le calcul de cette moins-value n'épuise cependant pas la question des effets des décrochages. Les chaînes relevant de la juridiction de la Communauté française sont soumises à un ensemble de mesures assurant leur contribution à la création d'œuvres en Communauté française et à la sauvegarde du pluralisme des médias,

notamment au travers des mesures d'aide à la presse écrite. L'éventualité qu'un radiodiffuseur étranger cherche à décrocher ses écrans publicitaires en Communauté française tout en échappant à sa juridiction - et donc à ces dispositions légales et réglementaires - induit un manque à gagner pour les producteurs et la presse en Communauté française qui peut être estimé à quelque 10 millions d'euros.

C'est un fragile équilibre assurant l'existence d'une création culturelle et audiovisuelle et d'une variété de médias contribuant au pluralisme des opinions et des idées et donc à la liberté d'expression qui serait ainsi remis en jeu.

Le différentiel des moyens financiers investis dans la production cinématographique et audiovisuelle induit d'ores et déjà des effets de domination en matière de programmation. Une analyse rapide des programmes des chaînes de la Communauté française et des trois chaînes françaises qui disposent d'une audience importante en Communauté française en témoigne. A quelques jours de distance, des mêmes films, des mêmes séries et des mêmes jeux sont programmés d'un côté et de l'autre de la frontière. Un décrochage ne pourrait que conduire à un approfondissement de l'appauvrissement de l'offre de programmes.

Insérées dans des groupes multinationaux, ne pouvant rivaliser avec les mêmes moyens et à la recherche d'audiences, les chaînes privées de la Communauté française se trouvent dans une situation de dépendance à l'égard d'acteurs extérieurs, situation qui accentue leur fragilité.

De leurs côtés, la Communauté française se trouve en situation difficile pour défendre sa politique culturelle et la pérennité de l'organisme public de radiodiffusion.

La base légale et réglementaire

Le décret du 17 juillet 1987 contient une disposition utile en cas de risque avéré de délocalisation. L'article 46 spécifie en effet que sont soumis aux dispositions du décret « *les organismes de radiodiffusion établis dans un Etat membre de l'Union européenne vis-à-vis desquels il a été constaté par le gouvernement, après consultation de la Commission de l'Union européenne, que leurs activités sont entièrement ou principalement tournées vers le public de la Communauté française et qu'ils sont établis dans l'un de ces Etats en vue de se soustraire aux règles qui leur seraient applicables s'ils relevoient de la compétence de la Communauté française* ».

Les cas de décrochages publicitaires ou de programmes se sont pas évoqués dans les dispositifs décrets ou réglementaires.

III. PROPOSITIONS POUR DES REFORMES ANNONCEES

La question des débordements et décrochages publicitaires est un cas particulier de délocalisation d'activités qui connaît de récents développements en Europe.

L'objectif de cet avis est de souligner la situation que rencontrent en cette matière les pays de petite et moyenne dimension qui doivent déjà faire face aux évolutions des marchés et des capitaux qui s'internationalisent dans un secteur en plein développement technologique tout en ne disposant pas des moyens comparables à ceux des pays limitrophes. L'objectif est aussi d'esquisser des solutions qui rendent possibles pour ces pays l'équation entre la liberté d'établissement et de circulation, le maintien d'une activité audiovisuelle sur leur territoire et la sauvegarde de la diversité des idées, des opinions et des cultures, parties prenantes de la liberté d'expression.

L'idée même de la libre circulation est de favoriser un élargissement de l'offre de contenus et non son appauvrissement. A cet égard, les arguments avancés avec force à l'égard des États Unis devraient être défendus au sein même de l'Union européenne.

Le fondement économique des dispositions européennes est d'assurer une libre concurrence et non de favoriser la concentration, même de manière indirecte. Vouloir bénéficier des réglementations les plus favorables ou éviter les restrictions nationales est sans doute de bonne gestion pour les groupes d'entreprises. Mais, la non prise en compte des cas de choix de la localisation la moins contraignante pourrait aboutir à la situation absurde où la majorité de l'audiovisuel européen serait réglementé par la Grande-Bretagne et le Luxembourg, ces deux États accueillant un nombre en constante progression d'opérateurs cherchant à contourner les règles nationales des pays auxquels ils destinent leurs programmes. Et ce n'est certainement pas sur cette hypothèse que fut adoptée la directive Télévision sans frontières.

La double circonstance de l'annonce d'une révision prochaine de cette directive et d'une réforme du droit de la radiodiffusion en Communauté française de Belgique est l'occasion pour le Collège de la publicité de soumettre au gouvernement et au Parlement de la Communauté française quelques pistes qui pourraient alimenter leurs réflexions et leurs propositions. De plus, les technologies numériques en cours de développement pourraient être des vecteurs de nouvelles formes de débordement ou de délocalisation en facilitant leur mise en œuvre.

La question des débordements publicitaires concernant par définition plusieurs États, c'est d'abord du côté des dispositions européennes que des solutions devraient être envisagées.

La reprise dans le dispositif de la directive Télévision sans frontières, ou dans celui d'une éventuelle future directive « contenus », des règles énoncées dans la

convention du Conseil de l'Europe serait une première étape importante. Rappelons en effet que la convention couvre explicitement les cas de délocalisation (articles 10bis et 24bis) et la question des fenêtres publicitaires (article 16) pouvant mettre en danger le pluralisme des médias, mettre en péril le système télévisuel d'un État et entraîner des distorsions de concurrence. Il conviendrait dans ce cadre de veiller à couvrir toute communication publicitaire de même que l'ensemble des règles qui la concerne.

Outre un indispensable éclaircissement des critères de rattachement à une juridiction actuellement cités par la directive ainsi que le souligne un certain nombre d'études récentes, leur élargissement serait judicieux afin de tenir compte du caractère spécifique du secteur : à cet égard, le critère du public explicitement visé, au moins aussi important que le critère de l'emploi dans un secteur culturel comme la radiodiffusion, seraient à ajouter aux critères existants.

En amont de toute décision d'un régulateur ou d'un gouvernement, selon les législations nationales, d'autoriser un programme à destination du public d'un autre État, pourrait être instaurée l'obligation de consulter son homologue dans cet État, par le biais d'un système de notification préalable dont les termes pourraient être déterminés, soit dans le dispositif européen rénové, soit dans des accords bilatéraux.

L'insertion d'une capacité de contrôle ou de co-contrôle des États de réception pourrait accompagner l'inscription d'une obligation de respect des règles de l'État de réception dans différents cas de décrochages et de délocalisations. Ceci est à mettre en regard avec la batterie des critères révisés de rattachement à une juridiction.

Sans aller jusqu'à prôner la création d'une autorité européenne disposant d'un mandat pour prévenir ou résoudre les conflits et différends entre États, pourraient être insérées des dispositions en matière d'arbitrage, de médiation, de coopération et de surveillance ou la mise en œuvre de structures qui faciliteraient la réconciliation des parties à l'instar de ce qui est prévu dans d'autres dispositions européennes que la directive Télévision sans frontières. Les instances de régulation devraient avoir un rôle clairement reconnu en cette matière.

En Communauté française, le futur décret sur la radiodiffusion pourrait utilement contenir quelques dispositions complémentaires.

De manière générale, l'exposé des motifs du futur décret devrait souligner l'importance des phénomènes de délocalisations et de débordements – publicitaires et de programmes – pour le développement du secteur en Communauté française. L'exploitation d'un marché identique dans des conditions différentes en matière d'obligations culturelles, de règles publicitaires, de respect des droits d'auteurs, ... devrait être explicitement visée. Le chapitre « champ d'application » pourrait être plus explicite de ce point de vue.

Actuellement, l'autorisation de diffusion de la publicité commerciale est mise en liaison avec des obligations en matière de soutien de la presse écrite ⁴ dans un objectif de sauvegarde du pluralisme. Un même lien pourrait être établi envers les opérateurs délocalisés, étendu au soutien à la création audiovisuelle en Communauté française ; enfin, les opérateurs délocalisés devraient être pris en compte dans l'appréciation du pluralisme des médias entendu au sens du chapitre « transparence et pluralisme » du futur décret.

Enfin, ne conviendrait-il pas d'évoquer l'aspect « droits d'auteur » des contournements et délocalisations, notamment dans l'exposé des motifs du futur décret et dans le chapitre réservé à l'activité de distribution et de mise à disposition du public des programmes ?

Fait à Bruxelles, le 25 septembre 2002

⁴ Voir à cet égard, l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°117/2002 du 3 juillet 2002.