

La coopération entre Etats membres : chronique d'une occasion manquée ?

Jean-François Furnémont - Conseil supérieur de l'audiovisuel - Belgique

1. Une brève histoire de la coopération : le cadre juridique sous la directive TVSF

Au commencement était... un paysage audiovisuel d'une simplicité biblique : un monopole de la télévision le plus souvent de service public, par définition non transfrontière et non délocalisable, puis un duopole brisé par l'un ou l'autre éditeur privé, mais diffusant par onde hertzienne, bien public par définition non délocalisable (et juridiquement non transfrontière).

Et puis vint la libéralisation de tous les paysages audiovisuels européens, l'essor de la télévision par câble et par satellite et ... la directive « Télévision sans frontières »¹. Cette directive reposait sur deux pieds : la création d'un marché intérieur (autrement dit, la possibilité pour un éditeur établi dans un Etat membre de bénéficier de la libre circulation de ses services au sein de l'ensemble des autres Etats membres de l'Union européenne) et, en contrepartie, une harmonisation minimale des conditions d'exercice de cette activité (autrement dit le respect d'un socle commun d'obligations en matière de contenu des programmes), ces deux objectifs étant affirmés de manière concomitante dès les premières lignes de la directive : « *considérant que le traité prévoit l'établissement d'un marché commun comportant l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des services et l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée* » (considérant 2).

Toutefois, il n'était pas encore fait référence, dans la directive TVSF de 1989, à la coopération entre les Etats membres, ou entre les Etats membres et la Commission européenne, dans la mise en œuvre de cette directive : le terme même de coopération n'y figurait pas une seule fois, alors qu'on l'imagine pourtant celle-ci nécessaire s'il s'agit de remédier au fait que « *les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres applicables à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle et de distribution par câble présentent des disparités dont certaines sont susceptibles d'entraver la libre circulation des émissions dans la Communauté et de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* » et de se fixer comme objectif que « *toutes ces entraves à la libre diffusion à l'intérieur de la Communauté doivent être supprimées en vertu du traité* » (considéranants 9 et 10).

Il faudra attendre la révision de la directive TVSF en 1997² pour que cette coopération soit institutionnalisée :

- d'une part, « *considérant que la mise en œuvre de la directive 89/552/CEE a fait apparaître la nécessité de clarifier la notion de juridiction appliquée au secteur spécifique de l'audiovisuel* » (considérant 10) par la fixation d'un certain nombre de critères permettant d'établir dans quel Etat membre est établi chaque éditeur : le « *siège social effectif* », les « *décisions relatives à la programmation* », la « *partie importante des effectifs employés aux activités de radiodiffusion télévisuelle* », le « *lien économique stable et réel* », l'utilisation d'une fréquence ou d'une capacité satellitaire, ... ; il s'agit essentiellement d'éviter deux cas de figure : que deux Etats membres exercent une double juridiction sur un même service, ou inversement qu'un service ne soit soumis à aucune juridiction ;
- d'autre part par la création d'un Comité de contact réunissant la Commission et « *les représentants des autorités compétentes des États membres* » et dont la mission est notamment de « *faciliter la mise en œuvre effective de la présente directive en organisant des consultations régulières sur tous les problèmes pratiques résultant de son application, en particulier de l'application de son article 2, ainsi que sur les autres thèmes sur lesquels des échanges de vues* »

¹ Directive 89/552/CE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

² Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CE.

semblent utiles » et de « faciliter l'échange d'informations entre les États membres et la Commission sur la situation et l'évolution de la réglementation dans le domaine de la radiodiffusion télévisuelle, compte tenu de la politique audiovisuelle menée par la Communauté ainsi que des évolutions pertinentes dans le domaine technique » (article 23 bis).

2. Les leçons tirées (ou non) de l'histoire : le processus de réexamen de la directive TVSF et d'élaboration de la directive SMAV

Lors du processus de réexamen de la directive TVSF lancé par la Commission européenne en 2003, le système mis en place en 1997 fut soutenu par certains, mais aussi critiqué par d'autres.

Le premier soutien fut fourni par la Commission elle-même, qui, lors du lancement du processus de réexamen en 2003, affirmait que la directive « a fourni un cadre juridique stable et sûr pour les services de radiodiffusion dans la Communauté » et « a contribué de manière positive à la réalisation de la libre circulation des services de radiodiffusion dans l'Union »³.

Plusieurs voix s'élevèrent toutefois afin de faire entendre leur insatisfaction quant au système mis en œuvre, tant au sujet des critères permettant d'établir les responsabilités de tel ou tel Etat membre sur tel ou tel service qu'au sujet du système de coopération mis en place.

2.1. Juridiction

Le dispositif réglementaire en matière de juridiction fut parmi les plus critiqués. Ainsi, pour le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC), « cette règle est fondamentalement déficiente. Elle affaiblit la compétence des États membres à faire appliquer des niveaux de protection des consommateurs plus élevés que ceux qui pourraient s'appliquer dans le pays d'origine, et elle est par conséquent défavorable aux intérêts des consommateurs. L'argument le plus souvent évoqué en sa faveur est que l'on ne peut attendre des entreprises qu'elles adhèrent aux différentes règles appliquées par les États membres individuels. Toutefois, cela permet aisément de fermer les yeux sur la réalité de la situation : qu'il est encore plus difficile pour les consommateurs de déterminer les règles qui s'appliquent dans le pays de départ ou d'obtenir réparation. Par conséquent, la règle du pays d'origine favorise les intérêts de l'industrie aux dépens des consommateurs. Elle est en outre en contradiction flagrante avec le concept d'harmonisation minimale établi par l'article 129a du Traité CE »⁴. In tempore non suspecto, autrement dit avant que le paysage audiovisuel belge francophone en soit victime, le CSA belge estimait lui aussi que cette règle comportait des dangers, tant réels que potentiels : « Les dispositions relatives à la détermination de l'Etat membre compétent ne rencontrent manifestement pas les situations de fait de transmission et d'exploitation de programmes de télévision dans des marchés qui s'internationalisent. [...] 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 du secteur de radiodiffusion européen sera demain réglementé par la Grande-Bretagne et le Luxembourg, voire la France, pays accueillant un nombre en constante progression d'éditeurs cherchant à contourner les règles nationales des pays auxquels ils destinent leurs programmes. Et ce n'est certainement pas sur cette hypothèse que

³ Commission européenne, *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, L'Avenir de la politique réglementaire européenne dans le domaine de l'audiovisuel*, COM(2003)784 final, 15 décembre 2003, pp. 7 et 14.

⁴ Réponse du BEUC à la Commission concernant la Consultation relative à la révision de la directive « Télévision sans frontières », BEUC/X/035/2003, 15 juillet 2003, pp. 23-24.

fut adoptée la directive TVSF »⁵. Il était soutenu dans cette analyse par la Communauté française : « cette attitude ou tolérance de la part de certains Etats accueillants ces chaînes porte en elle le risque de voir se généraliser ce genre de pratiques ; on assisterait ainsi à une surenchère dans la création de « paradis télévisuels » avec comme effet un affaiblissement de la protection du spectateur et, surtout, une paupérisation de la contribution du secteur télévisuel à la production européenne puisqu'un des buts recherché serait d'opter pour une implantation géographique la moins disante sur le plan culturel »⁶.

C'est toutefois en vain que l'on chercha une réponse de la Commission à ces objections dans les conclusions qu'elle tira du processus de consultation mené en 2003 : « Si la plupart des Etats membres et des personnes ayant contribué considèrent que les règles sont appropriées, d'autres Etats ainsi que des associations de protection des consommateurs ont fait part de leurs préoccupations liées aux diversités des lois nationales et au risque en conséquence de voir les radiodiffuseurs s'établir dans les Etats ayant la législation la plus libérale. Par ailleurs, le problème des décrochages publicitaires a été soulevé par certains Etats membres. Cette pratique consiste pour les radiodiffuseurs, au départ d'une chaîne destinée au public de son pays d'origine, d'adresser à des bassins d'audience de pays distincts – et le plus souvent 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. Selon ces contributions, cette pratique risque d'affecter la santé financière des organismes de radiodiffusion et donc de l'industrie audiovisuelle des Etats voisins. Il y a cependant lieu de préciser que cette pratique est conforme aux principes de libre prestation des services ou de liberté d'établissement tels que développés par la Cour de justice. Par ailleurs, les règles de la directive ont pu poser certains problèmes d'application ainsi que le montre la procédure d'infraction relative aux programmes RTL4 et RTL5 qui avait été diligentée à l'encontre du Royaume des Pays-Bas. La Commission a toutefois pu classer ce dossier, suite à un arrêt rendu par le Conseil d'Etat néerlandais. »⁷

En langage un peu moins diplomatique, on pourrait sans doute résumer le propos de la sorte : « circulez, il n'y a rien à voir »⁸. Il faut dire que l'association des télévisions commerciales (ACT), qui ne pèse pas peu dans ce genre de débat, avait mis la barre on ne peut plus haut : « Any EU policy in the media sector must be based firmly on the country of origin principle. Any move towards country of reception control risks putting the market back to where it was in the mid 1980s. Application of this principle should be a useful tool in persuading Member States to avoid excessive regulatory intervention, which would only penalise broadcasters under their own jurisdiction at the expense of operators in other parts of the EU. It would be a very difficult position for a commercial broadcaster to find itself unable to take advertising because it was prohibited from so doing, while a service specifically targeted at the same audience but based in another jurisdiction could do so. Questions of jurisdiction should be settled by now. The Directive is clear, and the European Court has laid down clear rules on when a broadcaster could be deemed to be circumventing the rules in the Directive. It was surprising that some national regulators, with support of certain interest groups, sought to call this into question once again at the recent hearings. DG EAC should firmly resist such calls in the eventual revision of the directive »⁹.

La poursuite du processus de révision en 2004 et 2005 créa toutefois une plus grande tension au sujet de cette question, au point qu'à la réunion du Conseil des ministres de mai 2005, ce n'était plus quelques associations, régulateurs ou Etats membres isolés qui demandaient que le processus de

⁵ <http://www.csa.be/documents/show/601>

⁶ Contribution de la Communauté française de Belgique à la consultation publique sur le réexamen de la directive « Télévision sans frontières », pp. 14-15.

⁷ Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, L'Avenir de la politique réglementaire européenne dans le domaine de l'audiovisuel, COM(2003)784 final, 15 décembre 2003, p. 17.

⁸ L'arrêt du Conseil d'Etat avait certes annulé la décision du régulateur néerlandais considérant que les services RTL4 et RTL5 relevaient de la compétence des Pays-Bas, mais c'était en raison d'une question de forme (l'absence de consultation formelle du comité de contact) et en donnant raison au régulateur sur le fond (« le Commissariat, dans la décision contestée, a considéré à raison que HMG, eu égard à l'article 3.3 a) ou b) première phrase de la directive, devait relever de sa compétence en sa qualité de responsable des émissions de RTL 4 et RTL 5 aux Pays-Bas »).

⁹ ACT, Review of the television without frontiers directive, written submission, 15 juillet 2003, p. 31.

réexamen soit l'occasion de remettre en question l'application inconditionnelle du principe du pays d'origine, mais une majorité de 13 Etats membres sur 25¹⁰. Ceux-ci émirent le souhait d'une part que la réglementation s'applique aux services et non aux fournisseurs de services et d'autre part qu'il soit permis d'appliquer à un service la législation de l'Etat qu'il vise principalement :

- soit en prévoyant que le régulateur d'un Etat membre applique la législation nationale aux services qui visent cet Etat membre, même si le fournisseur est établi dans un autre Etat membre ;
- soit en prévoyant qu'un fournisseur qui fournit des services dans plusieurs Etats membres reste sous l'autorité de l'Etat membre où il est établi, mais que le régulateur de cet Etat membre lui applique les règles de l'Etat membre qu'il vise.

En juillet 2005, le document de synthèse publié par la Commission et destinés à préparer la conférence de Liverpool de septembre qui allait être décisive ménageait encore la chèvre et le chou. Il rappelait certes, dès la première ligne du chapitre consacré à la compétence territoriale, que « *le principe du pays d'origine est au cœur de la directive* », mais il précisait aussi que « *les représentants du secteur d'activité et les experts consultés ont insisté sur l'importance de maintenir le principe du pays d'origine comme condition sine qua non de la directive, tandis que plusieurs États membres étaient préoccupés de trouver des solutions à leurs problèmes concernant des radiodiffuseurs qui visent leur marché alors qu'ils sont établis dans un autre État membre* »¹¹.

En guise de solution, la proposition de directive déposée par la Commission européenne a dû rassurer les premiers, mais aussi glacer les seconds. La Commission réaffirmait, sans surprise, sa conviction que tout aménagement du principe du pays d'origine constituait une entrave à la réalisation des objectifs de la directive : « *Le principe du pays d'origine demeure au cœur de la présente directive, compte tenu de son importance primordiale pour la création d'un marché intérieur. Ce principe doit dès lors être appliqué à tous les services de médias audiovisuels afin de garantir aux services de médias la sécurité juridique indispensable à la mise en place de nouveaux modèles commerciaux et au déploiement de ces services* »¹². Quant aux conflits de juridiction créés par l'application de ce principe, la proposition de directive prévoyait un nouveau mécanisme, libellé de la sorte : « *7. un Etat membre peut, afin de prévenir l'abus ou le comportement frauduleux, adopter des mesures appropriées à l'encontre d'un fournisseur de service de média établi dans un autre Etat membre et dont l'activité est orientée en totalité ou en quasi-totalité vers le territoire du premier Etat membre. C'est au premier Etat membre d'en apporter la preuve au cas pas cas* »¹³. Outre qu'il limitait l'intervention de l'Etat de réception à des cas « *d'abus ou de comportement frauduleux* », formulation éloignée des situations de fait aujourd'hui rencontrées, ce mécanisme devait en outre obéir à une procédure de mise en œuvre aussi lourde que lente et dont on imagine mal aujourd'hui quel Etat membre se serait risqué à s'épuiser à l'activer, qui plus est sous la censure finale de la Commission : « *8. Les Etats membres ne peuvent prendre des mesures en applications du paragraphe 7 que si toutes les conditions suivantes sont remplies : (a) l'Etat membre de réception demande à l'Etat membre dans lequel le fournisseur de service de média est établi de prendre des mesures ; (b) ce dernier Etat membre s'abstient de prendre de telles mesures ; (c) le premier Etat membre notifie à la Commission et à l'Etat membre dans lequel le fournisseur de média est établi son intention de prendre de telles mesures ; (d) la Commission décide que lesdites mesures sont compatibles avec le droit communautaire. 9. Toute mesure prise en application du paragraphe 7 doit être objectivement nécessaire, être appliquée de manière non discriminatoire, être propre à réaliser les objectifs poursuivis, et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre. 10. La Commission statue sur les mesures envisagées dans les trois mois qui suivent la notification visée au*

¹⁰ Autriche, Belgique, Estonie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède.

¹¹ Commission européenne, *Documents de synthèse pour la Conférence de Liverpool sur l'audiovisuel, Règles applicables aux services de contenu audiovisuel*, pp. 5 et 7.

¹² Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil*, COM(2005)646 final, 13 décembre 2005, considérant 19.

¹³ Idem, article 1^{er} (3) (g) 7.

paragraphe 8. Si la Commission décide qu'elles sont incompatibles avec le droit communautaire, l'Etat membre concerné s'abstient de prendre les mesures envisagées. »¹⁴

2.2. Coopération

En ce qui concerne le rôle du comité de contact, plusieurs voix s'étaient aussi élevées pour profiter du processus de réexamen pour réformer celui-ci. Le CSA avait notamment suggéré que « 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 Etat, pourrait être instaurée l'obligation de consulter son homologue dans cet Etat, 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 » et recommandé que « sans aller jusqu'à prôner la création d'une autorité européenne disposant d'un mandat pour prévenir ou résoudre les conflits et différends entre Etats, 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 pour d'autres dispositions européennes que la directive TVSF. Les autorités de régulation, pour la plupart responsables en matière de délivrance des autorisations, devraient avoir un rôle clairement reconnu en cette matière »¹⁵. La Communauté française estimait pour sa part que « la composition du comité de contact pourrait être élargie aux autorités nationales de régulation, et que sa mission confiée pourrait être étendue dans le contexte des modifications proposées à propos des critères de rattachement des radiodiffuseurs à la juridiction des Etats membres »¹⁶. Toutefois, ni la composition ni le fonctionnement du comité de contact ne subirent de modification dans la proposition de la Commission.

Par contre, pour ce qui est du statut des régulateurs, la Commission s'était risquée à une avancée remarquée. Le 47^e et dernier considérant de sa proposition énonçait que « les instances de régulation devraient être indépendantes des gouvernements nationaux comme des fournisseurs de services de médias audiovisuels, afin de pouvoir mener à bien leur tâche de manière impartiale et transparente et de contribuer au pluralisme ». Mieux encore : la principale faiblesse d'un considérant étant justement de n'être qu'un considérant, la Commission proposait l'insertion dans la directive elle-même d'un article 23 ter selon lequel : « 1. Les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités de régulation nationales et veillent à ce qu'elles exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente. 2. Les autorités de régulation nationales communiquent aux autorités de régulation des autres Etats membres et à la Commission les informations nécessaires aux fins de l'application des dispositions de la présente directive »¹⁷.

3. L'histoire contemporaine de la coopération : le cadre juridique sous la directive SMAV

3.1. Juridiction

Le Parlement européen, lors du processus législatif, a tenté d'adapter dispositions en matière de juridiction prévues par la proposition de la Commission.

Il a d'abord proposé d'ajouter au considérant 19 susmentionné relatif au principe du pays d'origine que « l'application de ce principe ne peut exclure une référence aux critères de l'origine des ressources

¹⁴ Idem, article 1^{er} (3) (g) 8, 9 et 10.

¹⁵ <http://www.csa.be/documents/show/601>

¹⁶ Contribution de la Communauté française de Belgique à la consultation publique sur le réexamen de la directive « Télévision sans frontières », p. 15.

¹⁷ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil, COM(2005)646 final, 13 décembre 2005.

d'un service afin d'assurer les conditions d'une concurrence équitable »¹⁸. Toutefois, considéré depuis 1989 comme la « pierre angulaire » de la directive, le principe du pays d'origine s'est vu finalement glorifié dans le considérant 12 de la directive SMA, selon lequel « il est nécessaire et suffisant que toutes les émissions respectent la législation de l'État membre dont elles émanent », et l'ajout d'aucun autre critère permettant d'établir la juridiction que ceux figurant déjà dans la directive ne fut toléré.

En ce qui concerne la détermination de l'État membre compétent, le Parlement a proposé un considérant selon lequel « pour qu'un État membre puisse prouver, au cas par cas, qu'un fournisseur de services de médias établi dans un autre État membre se soustrait à ses règles, ledit État membre peut citer des indices tels que l'origine des recettes publicitaires et/ou d'abonnement, la langue principale du service ou l'existence de programmes ou de communications commerciales visant spécifiquement le public de l'État membre de réception »¹⁹. Si cette proposition ne fut pas retenue, pas plus que la proposition de modification du nouveau mécanisme en matière de conflit de juridiction²⁰, au moins celui-ci, bien que demeurant particulièrement pesant, fut-il quelque peu allégé : « 1. Les États membres ont la faculté, en ce qui concerne les fournisseurs de services de médias qui relèvent de leur compétence, de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la présente directive, sous réserve que ces règles soient conformes au droit communautaire. 2. Si un État membre : a) a exercé, conformément au paragraphe 1, sa faculté d'adopter des règles plus détaillées ou plus strictes d'intérêt public général, et b) estime qu'un organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un autre État membre fournit une émission télévisée destinée entièrement ou principalement à son territoire, il peut s'adresser à l'État membre compétent en vue de parvenir à une solution mutuellement satisfaisante aux problèmes rencontrés. Après réception d'une demande motivée émanant du premier État membre, l'État membre compétent demande à l'organisme de radiodiffusion télévisuelle de se conformer aux règles d'intérêt public général en question. L'État membre compétent informe dans les deux mois le premier État membre des résultats obtenus à la suite de cette demande. Chacun des deux États membres peut inviter le comité de contact institué en vertu de l'article 23 bis à examiner la situation. 3. Si le premier État membre estime : a) que les résultats obtenus par l'application du paragraphe 2 ne sont pas satisfaisants, et b) que l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en question s'est établi sur le territoire de l'État membre compétent afin de contourner les règles plus strictes, dans les domaines coordonnés par la présente directive, qui lui seraient applicables s'il était installé dans le premier État membre, il peut adopter des mesures appropriées à l'encontre de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle concerné. Ces mesures doivent être objectivement nécessaires, appliquées de manière non discriminatoire, et proportionnées au regard des objectifs poursuivis. 4. Un État membre ne peut prendre des mesures en application du paragraphe 3 que si toutes les conditions ci-après sont remplies : a) il a notifié à la Commission et à l'État membre dans lequel l'organisme de radiodiffusion télévisuelle est établi son intention de prendre de telles mesures, en justifiant les motifs sur lesquels il fonde son évaluation, et b) la Commission a décidé que ces mesures sont compatibles avec le droit communautaire et, en particulier, que l'évaluation faite par l'État membre prenant ces mesures conformément aux paragraphes 2 et 3 est correctement fondée. 5. La Commission statue sur la compatibilité avec le droit communautaire des mesures envisagées dans les trois mois qui suivent la notification visée au paragraphe 4, point a). Si la Commission décide qu'elles sont incompatibles avec le droit communautaire, l'État membre concerné s'abstient de prendre les mesures envisagées »²¹.

3.2. Coopération

¹⁸ Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (COM(2005)0646 – C6-0443/2005 – 2005/0260(COD)), 22 novembre 2006, p. 22.

¹⁹ Idem, p. 24

²⁰ Idem, pp. 56-58.

²¹ Pour une analyse détaillée de cette question, voir : Jean-François Furnémont, *Responsabilité éditoriale et compétence territoriale : couple modèle, désunion irrémédiable ou mariage blanc? Une illustration à travers l'affaire TVI-CLT*, in Auteurs & Médias, Bruxelles, Larcier, n°1-2/2009, mai 2009.

Il ne reste plus grand chose, dans la directive SMA du 11 décembre 2007, de la profession de foi figurant dans le considérant 47 et dans l'article 23 ter la proposition de la Commission du 13 décembre 2005. Pourtant, le Parlement lui-même avait été plus loin en proposant d'ajouter au considérant 47 que « *une étroite collaboration entre les États membres et entre les autorités de régulation des États membres s'avère particulièrement importante en ce qui concerne l'impact que peuvent avoir les organismes de radiodiffusion télévisuelle établis dans un État membre sur un autre État membre. Lorsque des procédures de licences sont prévues par la législation nationale et que plus d'un État membre est concerné, il est souhaitable que des contacts entre les autorités respectives soient établis avant l'octroi de licences. Cette coopération devrait couvrir tous les domaines coordonnés par la présente directive, et en particulier, ses articles 2, 2 bis et 3* »²². Une formule similaire figure d'ailleurs dans le considérant 66. Par contre, de la version initiale du considérant 47 a seulement survécu un bien décevant considérant 65 qui énonce que « *En vertu des devoirs qui leur sont conférés par le traité, les États membres sont responsables de la transposition et de la mise en œuvre effective de la présente directive. Ils sont libres de choisir les instruments appropriés, en fonction de leurs traditions juridiques et des structures établies, et notamment la forme de leurs organismes de régulation nationaux indépendants afin que ceux-ci puissent mener à bien leur tâche de mise en œuvre de la présente directive de manière impartiale et transparente* ».

Quant à l'article 23 ter de la directive, il fut lui aussi complètement dévoyé. Là encore, le processus parlementaire témoignait encore d'un certain volontarisme : « *1. Les États membres prennent les mesures appropriées pour mettre en place des organismes et des institutions de régulation nationaux conformément à leur droit national respectif, garantir leur indépendance, veiller à ce que les hommes et les femmes y soient représentés en nombre égal et s'assurer qu'ils exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente. 1 bis. Les États membres confient aux autorités de régulation nationales la mission de veiller au respect, par les fournisseurs de services de médias audiovisuels, des dispositions de la présente directive, notamment de celles ayant trait à la liberté d'expression, au pluralisme des médias, à la dignité humaine, au principe de non discrimination, et à la protection des mineurs, des personnes vulnérables et des personnes handicapées. 2. Les organismes de régulation nationaux communiquent aux organismes de régulation des autres États membres et à la Commission les informations nécessaires aux fins de l'application des dispositions de la présente directive. Les organismes de régulation nationaux renforcent leur coopération, notamment pour la résolution des problèmes visés à l'article 2, paragraphe 7, de la présente directive* »²³. Mais cette proposition est ressortie complètement lessivée du passage définitif au Conseil des ministres et n'a pas résisté aux coups de boutoir que lui ont infligé plusieurs États membres²⁴ puisque la version finale n'énonce plus qu'un laconique engagement en matière de coopération et ne fait plus qu'une référence évasive aux autorités de régulation : « *Les États membres prennent des mesures appropriées pour se communiquer mutuellement et communiquer à la Commission les informations nécessaires aux fins de l'application des dispositions de la présente directive, en particulier de ses articles 2, 2 bis et 3, notamment via leurs organismes de régulation indépendants compétents* ». Si les plus optimistes relèveront que la directive présuppose (bien que l'adverbe « *notamment* » puisse être interprété différemment) que chaque État membre dispose bien d'un organisme de régulation (et que s'il existe, il est « *indépendant* » et « *compétent* »), les autres s'étonneront que l'on soit passé d'une exigence juridique dans la version de 2005 à un engagement plus que flou en 2007, d'un « *political statement* » à du « *wishful thinking* ». L'on s'étonnera dans tous les cas de cette situation quelque peu surréaliste où, dès lors qu'un État membre X dispose d'une autorité de régulation, son indépendance et l'exercice de ses compétences devraient apparemment

²² Parlement européen, *op. cit.*, p. 45.

²³ *Idem*, pp. 83-84.

²⁴ C'était le cas notamment du Grand-Duché du Luxembourg, selon lequel « *toute question ayant trait aux autorités de régulation relève du principe de subsidiarité. Chaque État membre est libre de décider dans quelle mesure il veut mettre en place une autorité indépendante* »

(http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/2003_review/contributions/wc_grand%20duche%20du%20luxembourg.pdf)

être garantis, mais qu'un Etat membre Y qui ne dispose pas d'une telle autorité ne soit soumis à aucune obligation, si ce n'est (du moins on l'espère) celle d'appliquer la directive ! En matière d'harmonisation, et dans des domaines pas très éloignés comme celui des télécommunications, le législateur européen a déjà été plus inspiré...

Quant à la composition et au fonctionnement du comité de contact, ils n'ont subi aucune modification, malgré une coopération qui sera rendue encore plus importante d'une part en raison de l'extension du champ d'application de la directive aux services non-linéaires, mais aussi d'autre part en raison de la présence dans la nouvelle directive d'une définition de la notion de responsabilité éditoriale, à laquelle la directive TVSF faisait référence, mais sans en fixer les contours. Désormais définie à l'article 1c de la directive SMA comme étant « *l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas d'émissions télévisées, soit sur un catalogue, dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande* », celle-ci ne peut plus en effet faire l'objet des interprétations parfois diamétralement opposées qu'en faisaient certains Etats membres ou certains de leurs régulateurs dans le précédent cadre réglementaire. Or, une fois défini cet « *exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation* », il suffira en effet de constater où s'exerce ce contrôle pour établir la juridiction compétente, ce qui risque de mettre à mal certaines habitudes prises sous l'égide de la directive TVSF. Car, contrairement au Conseil d'Etat belge, qui a estimé dans un arrêt désormais célèbre mais aussi interpellant tant pour les observateurs que pour la doctrine²⁵ que « *la discussion sur la question de savoir qui [...] a qualité d'éditeur de service, est dépourvue de pertinence* », cette question de la responsabilité éditoriale, sous le nouveau cadre réglementaire établi par la directive SMA, est sans doute désormais une nouvelle pierre angulaire de la directive²⁶.

4. L'histoire parallèle : la coopération entre régulateurs

Pendant ce temps-là, une autre histoire de la coopération était écrite. Par définition moins officielle, mais peut-être (et pour les mêmes raisons) plus efficace, elle trouve son origine dans la conscience de ses pères fondateurs, avant même la création du comité de contact en 1997, qu'une coopération entre régulateurs devait non seulement exister mais être structurée et dynamisée. Cette conscience s'est sans doute développée chez eux grâce à leur expérience régionale ou nationale de mise en œuvre de la directive, mais surtout grâce à leur expérience de mise en œuvre d'un autre instrument international, la Convention européenne sur la télévision transfrontière, conclue elle aussi en 1989 mais qui, elle, comportait dès sa première mouture un lieu de rencontre entre les parties contractantes : le comité permanent pour la télévision transfrontière.

Car au début de la mise en œuvre de la convention, nombre de délégations des Etats membres étaient composées par des représentants des régulateurs et non des Etats membres. Toutefois, la plupart des Etats membres mirent progressivement fin à ce qui leur apparut comme une bizarrerie et peu à peu, les régulateurs furent remplacés par les ministères.

Orphelins de ce forum dans lequel certains disposaient d'une parole parfois considérée comme trop iconoclaste aux yeux de leur ministère mais convaincus qu'ils devaient continuer à coopérer entre eux, quelques-uns de ces représentants des régulateurs (que l'on nommait dans le jargon les « experts sans frontières » pour l'expertise qu'ils allaient délivrer dans tous les pays d'Europe centrale et orientale qui, suite à la chute du mur de Berlin, libéralisaient peu à peu leur paysage audiovisuel et créaient des autorités de régulation) décidèrent de créer l'EPRA. Comme le rappellent son ancien président et son actuelle secrétaire, « *en dépit du fait que depuis 1989 un cadre réglementaire européen eut été mis en*

²⁵ Emmanuel Derieux, *Exclusion d'un double contrôle*, in Auteurs&Médias, Bruxelles, Larcier, n°3/2009, août 2009, pp. 306-311.

²⁶ Pour une analyse détaillée de cette question, voir : Jean-François Furnémont, *Etablissement, responsabilité éditoriale et contrôle effectif*, in Iris Spécial « A vos marques, prêts... partez? La Directive Services de médias audiovisuels », Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2009.

œuvre avec la directive et la convention, il n'existait pas de coopération formalisée entre régulateurs. Les conférences, les groupes de travail et les commissions consacrées à la régulation de la radiodiffusion rassemblaient soit des universitaires, des Etats membres, des professionnels du secteur, ou bien un panachage de ces catégories professionnelles. C'est ainsi que l'EPRA est venue combler un vide »²⁷. Ils n'étaient qu'une douzaine de personnes, issues de 6 pays, à se retrouver à la première réunion en 1995. Mais cet acte fondateur va se révéler être une formidable force d'attraction : dès 1996, l'EPRA comptait parmi ses membres 13 régulateurs, pour ensuite continuer à croître à grande vitesse : 24 en 1998, 35 en 2000, pour atteindre aujourd'hui sa maturité (à tout le moins en termes structurels), avec 52 autorités issues de 42 Etats membres²⁸.

Le succès remporté par l'EPRA, mélange fructueux entre le caractère informel de la plate-forme et le professionnalisme de son organisation, a depuis lors fait quelques émules. La coopération multilatérale a ainsi été approfondie ou modulée au sein d'autres réseaux, en fonction de caractéristiques communes comme :

- la langue (réseau francophone – REFRAM²⁹) ;
- la géographie et/ou la culture (réseaux baltique³⁰, nordique³¹, méditerranéen³², ...)
- les problèmes spécifiques aux grands marchés (tripartite DLM allemand, CSA français, OFCOM britannique).

Cette coopération s'est aussi développée de manière bilatérale. En témoignent notamment les accords de coopération entre :

- le CSA belge et respectivement le Medienrat (Belgique), le CSA (France), l'OFCOM (Suisse) et le CRTC (Canada) ;
- le CSA français et respectivement le KRRIT (Pologne) et le CAC (Catalogne) ;
- le CRA (Bosnie) et l'AGCOM (Italie) ;
- entre l'Ofcom (RU) et la SBC (Suède) ;
- entre le CNA (Roumanie) et l'ORTT (Hongrie).

5. La critique historique : la coopération à l'épreuve des faits

Le développement de ces diverses formes de coopérations entre régulateurs témoigne tout d'abord de l'essor du concept de régulation dans les divers ordres juridiques nationaux : constater que 52 autorités se réunissent deux fois deux jours par an pour échanger leurs expériences, c'est d'abord prendre acte tout simplement de leur existence, laquelle n'est pas toujours définitivement acquise : certains régulateurs passent parfois autant d'énergie à remplir leur mission qu'à lutter pour leur survie.

Tant dans leur forme que dans leur objet, ces coopérations témoignent aussi que (presque ?) plus aucun d'entre eux ne conçoit que ses missions puissent être exercées avec l'efficacité requise sans prendre en compte le caractère international des marchés, des acteurs et des technologies.

Elles témoignent enfin d'une volonté partagée par la plupart d'entre eux de consolider la place de la régulation dans la gouvernance publique par les échanges d'expériences et de bonnes pratiques.

A *contrario*, ces collaborations, parfois problématiques, sont aussi le révélateur des difficultés créées par l'internationalisation des marchés, à laquelle l'internationalisation du droit n'a que peu ou mal

²⁷ Joan Botella et Emmanuelle Machet, *Coordination et coopération entre autorités de régulation dans le domaine de la radiodiffusion*, in Iris Spécial « Services de médias audiovisuels sans frontières, la mise en œuvre du cadre réglementaire », Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2006, p. 13.

²⁸ La liste des 52 autorités est consultable sur le site de l'EPRA (<http://www.epra.org>).

²⁹ http://democratie.francophonie.org/rubrique.php3?id_rubrique=894

³⁰ Lituanie, Lettonie, Estonie.

³¹ Danemark, Suède, Norvège, Finlande, Islande.

³² <http://www.rirm.org>

répondu. A cet égard, le processus de modification du cadre réglementaire européen, dont le caractère ambitieux n'a pourtant cessé de croître, apparaît *in fine*, dans le domaine de la coopération, comme la chronique d'une occasion manquée.

Ainsi, après vingt ans de mise en œuvre de la directive et alors que la mise en œuvre et/ou le respect de celle-ci est principalement confié à des régulateurs, il est à tout le moins surprenant que la seule coopération institutionnalisée soit celle qui réunit les exécutifs des Etats membres autour de la Commission européenne. De nombreuses voix s'étaient pourtant élevées pour que cela change, provenant d'horizons aussi antagonistes que le BEUC (qui demandait « *d'étendre la compétence du comité de contact de manière à y inclure les autorités de réglementation nationales (ARN), plutôt que de créer un comité supplémentaire, ce qui créerait une certaine confusion et ferait double emploi* », ajoutant que « *afin de gagner la confiance des consommateurs, il faudrait que les ARN soient indépendantes de l'État et de l'industrie* »³³) et l'ACT (selon laquelle « *the idea of a regulators' committee appears from early experience to be working well in the field of regulation of distribution, so we suggest it could also work well in the regulation of content* », tout en ajoutant que « *this support is conditional on the regulators being independent* »³⁴).

Certes, depuis la très médiatisée affaire Al Manar en 2005, la Commission européenne a pris l'initiative de réunir ce qu'elle a nommé un « groupe des régulateurs ». Mais celui-ci ne dispose d'aucune assise réglementaire, d'aucun caractère formel et ne se réunit qu'à l'initiative de la Commission (une fois par an depuis 2005) et selon un ordre jour qu'elle seule détermine.

Certes, la référence dans la directive à l'existence des régulateurs et à la collaboration eux constitue sans doute, au regard de l'histoire du droit européen de l'audiovisuel, une évolution. Mais celle-ci apparaît d'une timidité ridicule au regard des diverses versions qui ont circulé au cours du processus parlementaire. Elle apparaît en outre en décalage avec les recommandations formulées depuis des années par le Conseil de l'Europe, dont le Conseil des Ministres estimait dès 2000 que « *pour garantir l'existence d'une multiplicité de médias indépendants et autonomes dans le secteur de la radiodiffusion, il est essentiel d'établir une régulation judicieuse et proportionnée de ce secteur, pour garantir la liberté de ces médias tout en assurant un équilibre entre cette liberté et d'autres droits et intérêts légitimes* » et « *qu'à cette fin, des autorités indépendantes de régulation du secteur de la radiodiffusion spécialement désignées, ayant une expertise en la matière, ont un rôle important à jouer dans le cadre de la loi* »³⁵.

Sans doute retrouve-t-on dans cette dichotomie les spécificités fondatrices de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, la première axée sur des objectifs économiques et la seconde sur les objectifs de renforcement de la démocratie, des droits de l'homme, du pluralisme et de la diversité culturelle. Il n'en reste pas moins que ce grand écart a désormais été poussé à un point tel que l'Union européenne se retrouve dans une double situation schizophrénique où elle défend face au reste du monde une diversité/exception culturelle qu'elle s'emploie à annihiler en son sein par un processus en ciseau d'harmonisation couplé à des injonctions de transposition « *light touch* » et où elle défend bec et ongles pour le secteur audiovisuel (qui aussi un secteur culturel) une application inconditionnelle du principe du pays d'origine dont elle n'envisage même plus l'application à la prestation, par exemple, des services de plomberie. Mais, ce grand écart, bien que n'étant pas sans conséquences sur certains aspects de la régulation elle-même, mériterait à lui seul une autre chronique...

³³ Réponse du BEUC à la Commission concernant la Consultation relative à la révision de la directive « Télévision sans frontières », BEUC/X/035/2003, 15 juillet 2003, p. 3.

³⁴ ACT, *Review of the television without frontiers directive, written submission*, 15 juillet 2003, p. 33.

³⁵ Conseil de l'Europe, *Recommandation Rec (2000)23 du Comité des ministres aux Etats membres concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion*, 20 décembre 2000, p. 1.